T38.—
70
abroad

Володимерова

СБОРНИКЪ СТАТЕЙ

Н. М. КОРКУНОВА

ПРОФЕССОРА ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

1877—1897.

Общіе вопросы права.—Исторія права.—Государственное право.—Международное право.

ЦѢНА 3 Р., ВЪ ПЕРЕПЛЕТѢ 3 Р. 50 К.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Изданіе Юридическаго Книжнаго Магазина Н. К. Мартынова.
1898.

СПИСОКЪ СОБСТВЕННЫХЪ ИЗДАНІЙ
Юридическаго Книжнаго Магазина Н. К. Мартынова.
(С.-Петербургъ, Невскій пр., 50).

А) Сборники, руководства и др. практическія изданія:

Законы гражданскіе (Т. X, ч. 1), со включ. поздн. узаконеній и разъясненій Сената и съ прилож. предметнаго, въ алфав. порядкѣ указателя. Изд. 3. Сост. членомъ Спб. Суд. Палаты *А. К. Гаугеромъ*. 97 г. 3 р., въ переплетѣ 3 р. 50 к.

Положеніе о казен. подрядахъ и поставкахъ, съ разъясн. Сената и позднѣйшими узакон. Сост. *А. К. Гаугеръ*. Изд. 3. 97 г. 60 к., въ переплетѣ 80 к.

Сборникъ рѣшеній Общаго Собр. Прав. Сената за 30 л. (66—96 гг.), съ подробными указателями: постатейнымъ, по фамиліямъ и разрѣш. вопросамъ. Рѣшенія изложены въ хронол. порядкѣ, причемъ вступительная часть каждаго рѣшенія сокращена, разсужденія-же Сената приведены дословно. Сост. онъ-же. Изд. 2. 97 г. 5 р., съ пер. 5 р. 60 к.

Рѣшенія Гражд. Касс. Деп. за 66 и 67 гг., сост. по той-же системѣ, подъ ред. Прис. Пов. *Л. Берлина*. 92 г. 1 р. 50 к., въ пер. 1 р. 80 к.

Руководство для суд. приставовъ, полиція и взыскателей. Сост. *Н. Александровъ*. 96. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Правила счетоводства и отчетности суд. установленій, съ мотивами и цирк. разъясненіями, 97. Сост. *Н. Преображенскій*. 1 р., въ перепл. 1 р. 30 к.

Временныя правила о примѣненіи Суд. Уставовъ къ Сибири, съ мотивами и разъясненіями. Сост. *М. П. Домерщиковъ*. 97. 1 р., въ пер. 1 р. 50 к.

Объ отвѣтственности малолѣтн. и несовершеннолѣтнихъ. Законъ 2 Іюня 97 г., съ цирк. Мин. Юст. о порядкѣ его примѣненія, правилами пересылки, спискомъ исправит. заведеній и примѣчаніями. Сост. *Н. Мартыновъ*. 97. 30 к.

Образцы и формы дѣловыхъ бумагъ (письма, прошенія, договоры, обязательства коммерческая корреспонденція, судопроизв. бумаги, справочн. свѣдѣнія). Сост. *Н. Мартыновъ*. Изд. 2, измѣненное и дополненное. 98. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

Узаконеніе и усыновленіе дѣтей, съ разъясн., сост. онъ-же. Изд. 2. 96. 50 к., въ пер. 75 к.

Справочная книга для опекуновъ и попечителей (сборникъ законовъ и разъясненій съ образцами опекунск. отчетовъ и донесеній). Сост. *Н. Мартыновъ*, изд. 2 существенно переработанное и дополненное. 97. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

Положеніе о нотаріальной части, разъясн. и дополненное: законод. мотивами, кас рѣшеніями, позднѣйшими узак. и образцами актовъ и засвидѣтельствованій Изд. 3. *Н. Мартынова*. 97 г. 3 р., въ пер. 3 р. 50 к.

Домашнія духовныя завѣщанія, практич. руководство, съ приложеніемъ образцовъ Сост. Спб. нотаріусъ *А. Н. Анисимовъ*. 92 г. 40 к., въ пер. 60 к.

Алфавитный указатель лицамъ, огранич. въ правоспособности. Сост. Спб. нотаріусъ *А. Анисимовъ*. Цѣна указателя 5 р. и дополнит. къ нему списка, обнимающаго свѣдѣнія по 31 марта 97 г., 1 р. Свѣдѣнія за 97 г. печатаются.

Уставъ о герб. сборѣ, съ разъясн. Его-же. Изд. 7. 98. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

Договоры, свидѣтельствуемые вол. правленіями. Его-же. 94. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

Уставъ строительный, съ разъясн., сост. *М. Шрамченко*, изд. 5-е. 97 г. 1 р. 50 к. въ перепл. 2 р.

Урочное положеніе для строит. работъ 97. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.

Правила содержанія и охраненія паровозныхъ жел. дорогъ, открытыхъ для общественнаго пользованія, съ дополн. и циркулярами по 96 г. 40 к.

Правила движенія по желѣзнымъ (паровознымъ) дорогамъ, съ дополн. и разъясн. по Іюль 97 г. 40 к.

Правила содержанія и употребленія подвижнаго состава на паровозныхъ жел. дорогахъ, съ измѣненіями по 1 Іюля 97 г. и съ инструкціею о паровыхъ котлахъ. 97. 30 к.

Руководство по технич. части службы движенія (для подготовленія къ испытанію на должн. пом. нач. станцій и запасн. агентовъ). Сост. *Н. Палибинъ*. 98. 40 к. въ пер. 60 к.

Инструкція по составл. городс. смѣтъ и новыя формы этихъ смѣтъ. 98. 30 к.

Инструкція по составленію земск. смѣтъ и новыя формы этихъ смѣтъ. 98. 30.

Общій алфав. указатель къ Собранію узаконеній и распоряж. Правит. за 1880—92 гг. Сост. *Н. Дамме*. 2 р., въ перепл. 2 р. 50 к.

Т38 — 25558. 567-30

СБОРНИКЪ СТАТЕЙ

Н. М. КОРКУНОВА

ПРОФЕССОРА ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

1877—1897.

Общіе вопросы права.—Исторія права.—Государственное право.—Международное право.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Изданіе Юридическаго Книжнаго Магазина Н. К. Мартынова.
1898.

Типографія М. Меркушева. Невскій пр., № 8.

Государств. публичная историческая библиотека РСФСР
1011193

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ I.

Общіе вопросы права.

СТР.

1. Наука права и естествознаніе.
(Журн. гр. и уг. пр., 1879, кн. 2) 1
2. О научномъ изученіи права.
(Журн. гр. и уг. пр., 1882, кн. 4 и 5) 17
3. Общественное значеніе права.
(Отд. брошюра, Спб., 1891) 65
4. Значеніе Свода Законовъ.
(Журн. мин. нар. просв., 1894, сент.) 77
5. Теоретическія воззрѣнія Сперанскаго на право.
(Журн. мин. нар. просв., 1894, окт.) 97
6. А. Д. Градовскій.
(Юр. Лѣтопись, 1890, № 1) 103
7. П. Г. Рѣдкинъ, его жизнь и труды.
(Біографическій словарь с.-петербургск. университета) 108

ОТДѢЛЪ II.

Исторія права.

8. Время перваго учрежденія губерній.
(Журн. мин. нар. просв., 1893, мартъ) 120
9. Проектъ устройству сената Г. Р. Державина.
(Журн. мин. юст., 1896, № 10) 123
10. Проектъ судебнаго устройства М. А. Балугьянскаго.
(Журн. мин. юст., 1895, № 8) 134
11. Проектъ верховнаго совѣстнаго суда въ двадцатыхъ годахъ.
(Журн. мин. юст., 1895, № 4) 141

ОТДѢЛЪ III.

Государственное право.

12. Очеркъ теорій административной юстиціи.
(Журн. гр. и уг. пр., 1885, кн. 1, 8 и 9) 144
13. Административные суды въ Пруссіи.
(Журн. гр. и уг. пр., 1880, кн. 5 и 6) 219
14. Австрійское престолонаслѣдіе.
(Журн. гр. и уг. пр., 1889, № 2) 302
15. Вопросъ о регентствѣ въ Германіи.
(Юрид. Лѣтопись, 1892, № 4) 304
16. Наши законы о престолонаслѣдіи.
(Журн. мин. юст., 1894, № 2) 310
17. Укорененіе иностранцевъ и прекращеніе подданства.
(Журн. мин. юст., 1895, № 10) 322
18. Тридцать пятая глава проекта уголовнаго уложенія.
(Журн. мин. юст., 1896, №№ 3 и 4) 362
19. Комитетъ министровъ, и проектъ Совѣта по Земскимъ Дѣламъ.
(Юрид. Лѣтопись, 1890, № 12) 426

ОТДѢЛЪ IV.

Международное право.

20. Международное право и его система.
(Юрид. Лѣтопись, 1891, кн. 10) 436
21. Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права.
(Журн. гр. и уг. пр., 1889, № 1) 459
22. Юридическое положеніе нейтральныхъ.
(Журн. гр., и уг. пр, 1877, № 4) 486
23. О каперахъ.
(Журн. гр. и уг. пр., 1877, № 1) 525

Приложеніе:
(Юрид. Лѣтопись, 1891, № 1) 561
Библіографическій указатель . . . . . .

ОТДѢЛЪ I.

Общіе вопросы права.

Наука права и естествознаніе.

(Вступительная лекція въ курсъ Энциклопедіи права, читанная въ петербургскомъ университетѣ 30 ноября 1878 года).

Мм. Гг!!

Энциклопедія права болѣе, чѣмъ какая либо другая наука, получила у насъ самобытное развитіе. Самая идея энциклопедіи заимствована изъ Германіи, но она получила у насъ новую форму; она приняла форму, болѣе соотвѣтствующую условіямъ нашего преподаванія, нашей жизни и,—чѣмъ мы можемъ съ полнымъ основаніемъ гордиться,—болѣе соотвѣтствующую и требованіямъ строгой научности.

Въ Германіи даже лучшія, даже наиболѣе систематическія энциклопедіи—Фалька, Вальтера, Аренса, Варнкенига—представляютъ не болѣе какъ совокупность краткихъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Этимъ очеркамъ предпосылается, правда, такъ называемая общая часть, въ которой говорится не объ отдѣльныхъ отрасляхъ права, а о правѣ, какъ объ одномъ цѣломъ, заключающемъ въ себѣ всѣ эти отдѣльныя отрасли. Но этой общей части дается такое слабое развитіе, что она теряетъ всякое самостоятельное значеніе и получаетъ характеръ бѣглаго объясненія общихъ предварительныхъ понятій и главнѣйшихъ терминовъ.

Совсѣмъ иное мы видимъ въ русскихъ энциклопедіяхъ. Центромъ тяжести является въ нихъ не очеркъ гражданскаго права или исторіи права, а именно эта общая часть, которой такъ не счастливится нѣмцевъ.

Причину такого различія нѣмецкихъ и русскихъ энциклопедій понять не трудно. Въ нѣмецкихъ юридическихъ факультетахъ преподаваніе, по выраженію Лоренца Штейна, сводится къ изложенію одного гражданскаго

права въ разнообразныхъ его видахъ. Другія отрасли права, можно сказать, только терпимы. Немудрено, поэтому, что введеніемъ въ изученіе науки права у нихъ служитъ не общее ученіе о правѣ, а просто предварительное краткое изложеніе того же гражданскаго права, римскаго и германскаго, да иногда, какъ у Пюттера, Аренса, Варнкенига, всеобщая исторія права.

Не такъ у насъ. Въ русскихъ университетахъ никогда не было такой диктатуры гражданскаго права. Гражданское право не заслоняетъ у насъ права общественнаго и публичнаго. Всѣ отрасли права стоятъ наравнѣ. Поэтому, русскій энциклопедистъ не можетъ, по примѣру нѣмцевъ, сосредоточить своего вниманія на одномъ гражданскомъ правѣ; онъ не можетъ свести свой курсъ къ простому, предварительному, краткому изложенію всего того, что другіе преподаватели излагаютъ подробно. При разнообразіи преподаваемыхъ предметовъ, это сдѣлало бы курсъ слишкомъ разрозненнымъ, слишкомъ пестрымъ. Условія нашего университетскаго преподаванія требуютъ отъ энциклопедиста дѣйствительно общаго ученія о правѣ, въ полномъ значеніи этого слова.

И этой потребности, болѣе или менѣе, удовлетворяютъ или по крайней мѣрѣ стремятся удовлетворить новѣйшія русскія юридическія энциклопедіи. Я не могу, въ настоящей лекціи, изложить подробно исторію литературы и преподаванія энциклопедіи въ Россіи. Я сдѣлаю это позднѣе, въ своемъ мѣстѣ. Теперь мнѣ достаточно, для подтвержденія сказаннаго, сослаться на «Очерки юридической энциклопедіи» проф. Реннонкампфа и на «Юридическую догматику» проф. Капустина. Въ этихъ сочиненіяхъ общая часть получила такое развитіе, какого мы не найдемъ ни въ одной нѣмецкой энциклопедіи, и напечатанная часть курсовъ этихъ профессоровъ и исчерпывается одною общею частью. Однако и Ренненкампфъ, и Капустинъ все же не исключаютъ изъ своихъ курсовъ бѣглыхъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ,—не печатаютъ ихъ, но все же сохраняютъ дѣленіе энциклопедіи на общую и особенную часть въ томъ же смыслѣ, какъ дѣлаютъ это и нѣмцы.

Но если въ печатныхъ курсахъ юридической энциклопедіи мы замѣчаемъ, такимъ образомъ, еще какъ бы нерѣшительность, какъ бы боязнь прямо уклониться отъ нѣмецкихъ образцовъ и рѣшительно пойти по тому направленію, которое указывается и условіями нашего университетскаго преподаванія, и требованіями строгой научности;—если въ нихъ мы не находимъ еще сознательнаго противуположенія энциклопедіи, какъ науки въ истинномъ значеніи этого слова, произвольному агломерату бѣглыхъ очерковъ отдѣльныхъ юридическихъ наукъ, то это не значитъ еще, чтобы и вообще преподаваніе энциклопедіи остановилось у насъ на этой точкѣ колебанія, нерѣшительности.

Въ нашемъ университетѣ, Мм. Гг., развитіе энциклопедіи не остано-

вилось на этомъ; она получила здѣсь вполнѣ опредѣленную постановку, какъ общее ученіе о правѣ, и эта заслуга всецѣло принадлежитъ П. Г. Рѣдкину. Поэтому, имя его навсегда займетъ видное, почетное мѣсто въ исторіи русской энциклопедіи. Онъ первый далъ энциклопедіи вполнѣ самостоятельную, вполнѣ научную постановку. И всѣ тѣ, которые слушали энциклопедію въ этомъ университетѣ, свято хранятъ память объ этихъ лекціяхъ; онѣ научили насъ смотрѣть на энциклопедію, какъ на самостоятельную науку, имѣющую свое содержаніе, свою задачу; онѣ указали намъ, въ чемъ должна заключаться эта задача, и теперь, когда я вступаю на эту каѳедру, моя первая забота будетъ та, чтобы сохранить живымъ этотъ завѣтъ моего учителя, учителя моихъ учителей, учителя цѣлаго ряда поколѣній русскихъ юристовъ.

Но если для меня, такимъ образомъ, ясно, какъ должно быть поставлено преподаваніе энциклопедіи, то также ясны и тѣ трудности, которыя неразрывно соединены съ такой постановкой. Если энциклопедія только совокупность бѣглыхъ очерковъ, то энциклопедистъ можетъ ограничиться тѣмъ, что даетъ краткое, сжатое изложеніе главнѣйшихъ положеній отдѣльныхъ юридическихъ наукъ; онъ передаетъ ихъ при этомъ въ томъ же видѣ, въ какомъ находитъ ихъ у спеціалистовъ. Онъ только сводитъ—не перерабатывая. Но совсѣмъ иначе ставится задача преподавателя, если онъ станетъ излагать энциклопедію, какъ самостоятельную науку, какъ общее ученіе о правѣ. Тутъ надо ему выяснить соотношенія главнѣйшихъ положеній спеціальныхъ юридическихъ наукъ, провѣрить ихъ одно другимъ, согласить, свести къ болѣе общимъ положеніямъ. Онъ долженъ указать общую постановку и дать общее освѣщеніе всѣмъ частнымъ вопросамъ. Все это, конечно, особенно трудно выполнить въ переходное время, какимъ несомнѣнно для науки права представляется время настоящее.

Кризисъ, переживаемый теперь наукой права, напоминаетъ то положеніе, въ какомъ она находилась въ переходную эпоху, отъ среднихъ вѣковъ къ новымъ. Тогда главная забота передовыхъ юристовъ заключалась въ томъ, чтобы размежеваться съ областью вѣры и обезпечить, такимъ образомъ, наукѣ самостоятельное и плодотворное развитіе. При этомъ большую роль играло ученіе о двоякой истинѣ: одной для области науки, другой для области религіи. Это ученіе, явившееся еще въ XIII столѣтіи, удерживалось очень долго и даже пережило реформацію. Даже теперь можно встрѣтить сторонниковъ этого ученія, но историческая роль его уже съиграна. Наука, и въ частности наука права, въ этомъ отношеніи, уже заняла вполнѣ твердое, самостоятельное положеніе.

Въ настоящее время наукѣ права приходится размежевываться не съ областью вѣры, а съ областью естествознанія. Новѣйшіе успѣхи естественныхъ наукъ такъ блестящи, вліяніе ихъ на умы людей такъ сильно,

что къ какой-бы области человѣческаго вѣдѣнія мы не обратились, невольно является вопросъ о томъ, какъ относится она къ даннымъ, представляемымъ современнымъ развитіемъ естественныхъ наукъ. Нельзя-ли воспользоваться этими данными, не даютъ-ли они новой постановки вопросовъ, новыхъ основаній для ихъ рѣшенія? Эти вопросы естественно возникаютъ и при изученіи права. И тутъ мы замѣчаемъ весьма любопытное явленіе. Старое ученіе о двоякой истинѣ, снова оживляется, на этотъ разъ для того, чтобы отстоять самостоятельность, особность науки права, и вообще наукъ гуманныхъ въ отношеніи къ естествознанію. Въ одномъ изъ новѣйшихъ сочиненій, посвященныхъ выясненію общаго понятія права въ книгѣ Фулье [1]), даже прямо утверждается, что современная идея права опирается въ своемъ основаніи не на что иное, какъ на такое раздвоеніе истины: иная истина для наукъ естественныхъ, иная для науки права. Свобода, личность, право, все это понятія неимѣющія никакой реальности. Свобода—это призракъ, реальна одна необходимость. Тѣ аргументы, какіе обыкновенно приводятся въ доказательство свободы воли, не имѣютъ никакого значенія, потому что съ помощью ихъ можно доказать существованіе свободы воли и у ваньки—встаньки—дѣтской игрушки, всегда принимающей вертикальное положеніе. Но если этимъ понятіямъ свободы, личности, права, не соотвѣтствуетъ ничего реальнаго, то какъ идеи они сохраняютъ все-таки все свое значеніе и на нихъ, какъ на своемъ основаніи, должна покоиться вся наука права.

Нѣтъ сомнѣнія, что и ложныя идеи могутъ имѣть большое значеніе; сжигали-же прежде вѣдьмъ и колдуновъ. Но вопросъ не въ томъ, могутъ-ли эти ложныя идеи оказывать вліяніе на жизнь людей, а въ томъ—можно-ли на такихъ завѣдомо ложныхъ, по увѣренію Фулье, идеяхъ основать науку? Можно-ли исходя изъ лжи прійти къ истинѣ?

Достаточно лишь ясно поставить эти вопросы, отвѣтъ является самъ собой. Если еще можно говорить о раздвоеніи области вѣры и знанія, религіи и науки, то одна наука отъ другой науки уже никакъ не можетъ отдѣляться такой китайской стѣной.

Между тѣмъ нельзя не признать, что это, полагаю, парадоксальное мнѣніе Фулье вполнѣ объясняется общимъ состояніемъ современной науки права. Другіе не высказываютъ этого такъ прямо и опредѣленно, но въ частностяхъ дѣйствуютъ въ томъ-же направленіи. Слѣдуя общему движенію времени, большинство юристовъ уже не признаютъ теперь естественнаго права. Но если внимательнѣе остановиться на частностяхъ ихъ изслѣдованій, то мы увидимъ, что, и до сихъ поръ они не обходятся безъ того научнаго аппарата, что выработался на почвѣ ученій

[1]) Fouillée L'idée moderne du droit. 1878.

естественнаго права. Отвергаютъ существованіе прирожденныхъ правъ, но все еще сохраняютъ старое понятіе правъ пріобрѣтенныхъ, образовавшееся въ смыслѣ прямой противуположности этимъ прирожденнымъ правамъ. Не признаютъ абсолютнаго характера права, но, по старому, противуполагаютъ право и цѣлесообразность, какъ взаимно исключающія понятія. Жалуются на безсодержательный формализмъ раціонализма, и все-таки сохраняютъ раціоналистическое опредѣленіе субъективнаго права, какъ мѣры свободы. Словомъ, большинство юристовъ уже не вѣритъ старымъ философемамъ, но ихъ категоріи, понятія, номенклатура все еще остаются ходячими денежными знаками, но только не имѣютъ уже за собой размѣннаго фонда—общаго философскаго міровоззрѣнія.

Въ причинахъ этой неурядицы не можетъ быть сомнѣнія. Вся бѣда именно въ томъ, что наука права уже отказалась отъ старыхъ метафизическихъ ученій, но не рѣшается еще прямо перейти на другую, новую почву. Откуда-же эта нерѣшительность? Можно-ли приписать ее исключительности, косности, рутинѣ господствующей среди большинства юристовъ? Мнѣ кажется, что нельзя. Значительная доля вины въ этомъ должна пасть на тѣхъ, что первые обратились къ сближенію науки права съ естествознаніемъ. Дѣло въ томъ, что попытки ихъ, въ этомъ направленіи, приняли такой характеръ, что не могли не оттолкнуть наиболѣе трезвыхъ юристовъ. На первый взглядъ эти попытки перекроить науку права на новый образецъ могутъ показаться блестящими, даже геніальными. Но въ дѣйствительности геніальными онѣ могутъ быть признаны развѣ тогда, когда мы вмѣстѣ съ достопочтеннымъ докторомъ Мизесомъ назовемъ геніальностью искусство класть въ гнѣзда науки свои собственныя яйца такъ, чтобы они казались яйцами науки. Изъ этихъ кукушкиныхъ яицъ выходятъ птенцы, готовые заклевать обманутую насѣдку [1]).

Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только обратить вниманіе на то, какъ эксплуатируется, въ настоящее время, доктрина трансформизма для разрѣшенія частныхъ вопросовъ науки права. При этомъ говорятъ о пересозданіи науки и даже о созданіи ея вновь, игнорируя ея долгую прошлую исторію, но на дѣлѣ все это пересозданіе и созиданіе сводится къ попыткѣ поддержать, съ помощью данныхъ естествознанія, старыя и даже устарѣвшія, отжившія свой вѣкъ воззрѣнія.

Теперь едва-ли найдется сколько-нибудь серьезный юристъ, стоящій на уровнѣ современнаго развитія науки, который-бы рѣшился отстаивать уже осужденныя и наукой и самой жизнью двѣ крайнія системы—систему правительственной опеки, и пресловутую систему laissez faire, laissez passer. Но теперь явились новые защитники этихъ системъ, основываю-

[1]) Dr. Mises. Kleine Schfriten. 1875 s. 19.

щіе свою аргументацію на доктринѣ трансформизма. Проф. Фикъ въ своей брошюрѣ [1]) о вліяніи естествознанія на право, стремится доказать, что доктрина трансформизма приводитъ къ признанію необходимости строгой правительственной регламентаціи. Во имя трансформизма онъ требуетъ напр., расширенія ограниченій существующихъ для браковъ между родственниками. Требуетъ безусловнаго запрещенія браковъ для признанныхъ негодными къ военной службѣ, до возвращенія изъ военной службы ихъ сверстниковъ. Требуетъ лишенія дочерей участія въ наслѣдствѣ въ надеждѣ, что это приведетъ къ вступленію въ бракъ преимущественно дочерей долголѣтнихъ родителей: родители щедрѣе надѣляютъ приданымъ нежели братья, а только сравнительно долголѣтніе доживаютъ до замужества своихъ дочерей. Гербертъ Спенсеръ, исходя изъ той-же доктрины трансформизма, приходитъ къ совершенно противуположнымъ заключеніямъ. Онъ является рѣшительнымъ сторонникомъ либеральной формулы: laissez faire, laissez passer. Онъ доходитъ до того, что безусловно осуждаетъ даже дѣятельность правительства по призрѣнію и поддержкѣ неимущихъ. Частной филантропіи онъ находитъ еще оправданіе въ тѣхъ чувствахъ, что возбуждаются благодѣяніями въ самихъ благодѣтеляхъ, но правительственныя заботы о неимущихъ для него не болѣе, какъ безумная искусственная задержка полового подбора и борьбы за существованіе этихъ двухъ главныхъ факторовъ прогресса [2]).

Уже та легкость съ какою изъ одной и той-же доктрины получаются два какъ разъ противоположныхъ вывода, не можетъ не возбудить сомнѣнія въ ея основательности. И дѣйствительно, оба эти вывода совершенно произвольны. Требуя отъ правительства строгой регламентаціи, Фикъ этимъ самымъ обнаруживаетъ плохую вѣру въ силу естественнаго подбора, не говоря уже о томъ, что большая наивность думать, что больные, слабые, состоящіе въ родствѣ не могутъ расплодиться и не вѣнчавшись, что запрещеніе завѣщать наслѣдство дочерямъ не можетъ быть обойдено. Съ другой стороны, Спенсеръ, слишкомъ односторонне смотритъ на самую борьбу за существованіе. Защищая принципы крайняго либерализма, онъ забываетъ, что на ряду съ индивидуальной борьбой за существованіе происходитъ также и коллективная борьба, неизбѣжно приводящая къ ограниченію индивидуальной свободы — особенно свободы умирать съ голоду.

Извѣстный катедеръ-соціалистъ Шеффле посвятилъ этому вопросу весьма интересную статью [3]), въ которой убѣдительнымъ образомъ до-

---

[1]) Fick. H. Ueber den Einfluss der Naturwissennschaft auf das Recht. Iena 1872.

[2]) *Спенсеръ.* Изученіе соціологіи.

[3]) Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. 1869.

казалъ, что безусловные либералы напрасно воображаютъ, что найдутъ себѣ прочную опору въ трансформизмѣ.

Доктриной трансформизма пытались воспользоваться не только для опредѣленія принциповъ управленія, но также и для разрѣшенія вопросовъ государственнаго устройства. Въ ней обыкновенно ищутъ опоры сторонники аристократіи. Можно сказать, что въ настоящее время аристократическія тенденціи трансформизма для большинства, если не для всѣхъ, представляются рѣшительно безспорными. Такъ, напр., Каро [1]), говоря объ эволюціонистической теоріи нравственности, выражаетъ большое удивленіе, что молодая демократія становится на сторону этихъ теорій, называя себя научной и позитивной. Онъ даже высказываетъ подозрѣніе не кроется-ли тутъ тайной хитрости, тонкой уловки. Не соединяются-ли демократы съ завѣдомо враждебнымъ имъ ученіемъ трансформизма лишь для того, чтобы вѣрнѣе довершить паденіе ихъ общихъ враговъ.

Но дѣло можетъ быть объяснено гораздо проще. Трансформизмъ, по существу своему, чисто демократическое ученіе и только по какой то непонятной близорукости могли приписать ему аристократическія тенденціи. Съ точки зрѣнія трансформизма, преимущество должно быть отдано такому строю общества, при которомъ наиболѣе обезпечивается быстрое размноженіе сильныхъ и вымираніе слабыхъ. Представляетъ-ли эти условія аристократическій строй? Если мы даже признаемъ, что аристократическіе роды и въ самомъ дѣлѣ суть лучшіе, то и тогда мы все-таки не можемъ сказать, чтобы аристократическій строй общества обезпечивалъ выживаніе и размноженіе этихъ лучшихъ родовъ. Нѣтъ ни одного государства, гдѣбы аристократическіе, т. е. по допущенному нами предположенію лучшіе, роды размножались, а низшіе классы населенія вымирали, гдѣ бы аристократическіе роды съ ходомъ исторіи вытѣсняли собою неаристократическіе. Напротивъ, вездѣ и всегда замѣчается какъ разъ противоположное явленіе. Вездѣ и всегда аристократическіе роды не только не размножаются, но и прямо вымираютъ. Низшіе же классы вездѣ размножаются и настолько сильно, что ихъ приростъ не только пополняетъ убыль населенія, происходящую отъ постояннаго вымиранія аристократическихъ родовъ, но и обусловливаетъ общій приростъ населенія. У Рибо, въ его изслѣдованіи о наслѣдственности [2]), собраны интересныя данныя объ этомъ повсемѣстномъ вымираніи аристократическихъ родовъ. Но едва не лучшимъ доказательствомъ этого всеобщаго, неудержимаго вымиранія аристократическихъ родовъ

---

[1]) Caro, Problèmes de morale sociale, 1876, p. 184.

[2]) Ribot. L'herédité. Смотри теперь также Kleine. H. Der Verfall der Adelsgeschlechter statistish nachgewiesen 1879.

служитъ тотъ простой и общеизвѣстный фактъ, что древность рода составляетъ всегда предметъ особой гордости. Въ этой гордости можетъ заключаться только одинъ смыслъ: люди гордятся древностью рода, потому что вѣковой опытъ научилъ ихъ тому, что родъ сдѣлавшійся аристократическимъ долженъ обладать особой, исключительно упорной живучестью для того, чтобы просуществовать хотя бы нѣсколько столѣтій, между тѣмъ, какъ роды непоставленныя въ эти исключительныя условія аристократическаго быта, выживаютъ тысячелѣтія и еще размножаются и еще изъ себя же выдѣляютъ новые роды на пополненіе убыли въ аристократіи. Слѣдовательно аристократическій строй общества не только не способствуетъ естественному подбору, но и рѣшительно задерживаетъ его, ставя лучшіе роды въ такія условія, неизбѣжнымъ результатомъ которыхъ является ихъ вымираніе. Выходитъ, что большинство должно стѣснять себя, должно терпѣть вѣчныя лишенія не для того, чтобы лучшіе выжили и размножались, а для того, чтобы они вымирали и въ будущемъ снова придется выдѣлять новые аристократическія роды для той же участи. Неужели таковъ идеалъ общественнаго строя указанный трансформизмомъ?

Мнѣ кажется, мм. гг., что разсмотрѣніе попытокъ такого рода, убѣждаетъ въ полной несостоятельности самой мысли воспользоваться новѣйшими открытіями естествознанія для непосредственнаго разрѣшенія вопросовъ науки права. Успѣхи естествознанія не могутъ не оказать вліянія и на науку права, но это вліяніе должно ограничиться лишь соотвѣтственнымъ измѣненіемъ научной постановки вопросовъ, а не ихъ прямого рѣшенія. Сдѣлано-ли это юристами? Выяснены-ли и опредѣлены-ли тѣ измѣненія въ постановкѣ вопросовъ науки права, какія вызываются современнымъ состояніемъ естествознанія?

Въ нѣмецкой литературѣ было высказано, Меркелемъ [1]) убѣжденіе, что все это уже сдѣлано—исторической школой, что Савиньи для науки права тоже, что Дарвинъ для естествознанія. Самъ Меркель сознаетъ, что это сопоставленіе Савиньи и Дарвина — сопоставленіе смѣлое. Но доводы, которыми онъ думаетъ оправдать это дѣйствительно смѣлое сопоставленіе никакъ не могутъ быть признаны достаточно убѣдительными. Меркель главнымъ образомъ останавливается на томъ, что и Савиньи и Дарвинъ выставили идею развитія. Какъ Дарвинъ указалъ на постепенное развитіе видовъ, такъ Савиньи на постепенное развитіе юридическихъ институтовъ. Съ этимъ, конечно, нельзя не согласиться, но это ничего и не доказываетъ. О постепенномъ развитіи говорили и до Дарвина. И до Дарвина не сомнѣвались, что организмъ развивается изъ зародыша, а не является съизначала готовымъ. Но эта постепен-

[1]) Zeitschrift für das öffentliche und Privat-Recht, 1874.

ность развитія организма ничего не имѣетъ общаго съ трансформизмомъ. Между тѣмъ, Савиньи отправлялся именно отъ идеи органическаго развитія, а вовсе не отъ идеи трансформизма. Савиньи уподоблялъ развитіе права развитію организма изъ своего зародыша. По его ученію вся исторія права есть ничто иное, какъ раскрытіе того, что какъ зерно изначала содержалось въ народномъ духѣ. Но ему совершенно чужда мысль о трансформаціи, о возможности измѣненій самыхъ основъ народнаго духа. Поэтому ученіе Савиньи и явилось съ такой рѣзкой консервативной окраской.

Историческая школа хотя явилась реакціей противъ школы естественнаго права, но не дала однако, наукѣ права иной, новой, болѣе твердой, болѣе научной почвы. Она не указала вовсе того, какимъ образомъ можетъ быть объясненъ національный и историческій характеръ права. Она ограничивалась въ этомъ отношеніи лишь указаніемъ факта. Но фактъ этотъ не отрицали и учителя естественнаго права. Они только смотрѣли на эти историческія и національныя особенности права, какъ на искаженія единаго, вѣчнаго, неизмѣннаго естественнаго права. Историческая школа отвергала это объясненіе, но сама не давала другого.

Да и какъ могла эта историческая школа объяснить историческое развитіе права и историческое разнообразіе права, когда она, слѣдуя старымъ примѣрамъ, разбивала міръ на двѣ изолированныя части, и большей—изъ этихъ частей—природѣ, не только отказывала въ историческомъ развитіи, но даже противуполагала природу—исторіи. Если природа, а слѣдовательно и природа человѣка, представляется вѣчно неизмѣнной, то развѣ не правы тѣ, которые во имя вѣчныхъ, неизмѣнныхъ свойствъ этой природы, требовали осуществленія велѣній естественнаго права независимо отъ различія времени и мѣста? Если разумъ и чувства людей всегда и вездѣ одни и тѣ же, то почему не можетъ быть также вездѣ и всегда одного и того же права? Какой смыслъ въ постепенномъ развитіи права, если нѣтъ этого развитія въ самихъ людяхъ?

Только трансформизмъ нанесъ рѣшительный, окончательный ударъ всевозможнымъ теоріямъ естественнаго права. Только онъ далъ возможность выяснить не только непрактичность, но и полнѣйшую теоретическую несостоятельность ученій естественнаго права. Прежде эти ученія отвергали какъ «теорію»; теперь мы отвергаемъ ихъ какъ противорѣчащія современной научной теоріи.

Всѣ теоріи естественнаго права, во всевозможныхъ ихъ модификаціяхъ, были основаны на ложномъ воззрѣніи на самую природу человѣка, какъ на нѣчто данное готовымъ и не подлежащее сколько-нибудь существеннымъ измѣненіямъ. Но въ этомъ и заключалась ихъ коренная ошибка. Современная психологія учитъ насъ, что психическая природа человѣка есть такой-же продуктъ развитія, что она также подлежитъ

измѣненіямъ, какъ и все въ мірѣ. Поэтому, если-бы мы даже приняли любое изъ выставлявшихся основаній естественнаго права, мы никакъ не можемъ прійти къ признанію какихъ-либо вѣчныхъ, безусловныхъ нормъ права. Внушенія нашихъ чувствъ или велѣнія нашего разума не могутъ быть неизмѣнны, если самыя чувства, самый разумъ подлежитъ развитію и измѣненію.

Этотъ выводъ, къ которому приводитъ современная психологическая теорія подтверждается и указаніями исторіи. Правда, сторонники существованія для науки права своей особой истины, пытаются иногда, въ доказательство существованія абсолютныхъ началъ права, ссылаться на свидѣтельство исторіи. Особенно часто слышатся увѣренія, что право на личную неприкосновенность человѣка составляетъ такое неотъемлемое, безусловное право. Говорятъ, что хотя нерѣдко это право не находило себѣ должныхъ гарантій и подвергалось значительнымъ ограниченіямъ, но самый принципъ личной неприкосновенности всегда сохранялся.

При этомъ, очевидно, забываютъ тѣ эпохи исторіи, когда этой самой личности, для того чтобы найти себѣ охрану, надо было прятаться за идолы боговъ или даже за статуи императоровъ; когда были особые миры для церкви, для народа, для народнаго собранія но не было только мира для самой личности. А если мы обратимся къ еще болѣе древнему быту, напр., къ тому, что изображаютъ намъ акадскія легенды, мы найдемъ въ нихъ картину такого общественнаго строя, когда и сами боги не находили себѣ пощады и обращались въ дикихъ звѣрей, чтобы спастись бѣгствомъ.

Психологія и исторія, одинаково, указываютъ намъ на измѣняемость права, на отсутствіе въ немъ абсолютнаго, вѣчнаго. Все право есть исторически сложившееся и исторически слагающееся. Каждый данный юридическій порядокъ есть порожденіе своего времени и долженъ исчезнуть вмѣстѣ съ нимъ. Всѣ юридическіе институты не только многократно измѣнялись, прежде чѣмъ достигли современной своей структуры, но и въ будущемъ также должны измѣняться и притомъ нетолько измѣняться но и замѣняться одни другими. Мѣняются не только различныя формы юридическихъ институтовъ, но и самые институты. Эти измѣненія конечно закономѣрны. Право подчиняется въ своемъ развитіи, какъ и все въ мірѣ, извѣстнымъ законамъ. Но факторомъ непосредственно производящимъ явленія юридической жизни, являются сами люди съ ихъ дѣятельностью. Они не остаются лишь безучастными свидѣтелями развитія права. Усвоивая себѣ тѣ или другія убѣжденія, тѣ или другія привычки, они тѣмъ самымъ обусловливаютъ направленія дальнѣйшихъ измѣненій общественнаго строя. Если-бы даже проповѣдь и исповѣданіе этихъ убѣжденій сдѣлались невозможны, если бы даже можно было принудить людей къ безусловному молчанію—на помощь ихъ вѣрованіямъ и убѣж-

деніямъ, если только они не ограничиваются одними словами, а вошли у людей въ плоть и кровь, придутъ сами законы природы. Слагающіяся подъ вліяніемъ этихъ идей наклонности и привычки, въ силу закона наслѣдственности, передадутся грядущимъ поколѣніямъ и, такимъ образомъ, сама природа явится проповѣдникомъ этихъ идей, проповѣдникомъ знающимъ надъ собой только судъ исторіи, а не судъ власти.

Въ виду этой измѣнчивости и измѣняемости юридическихъ институтовъ, какова же должна быть непосредственная задача современной науки права? Какъ измѣняетъ это ученіе трансформизма, выставленное современнымъ естествознаніемъ, постановку вопросовъ правовѣдѣнія? Не долженъ-ли юристъ непосредственно обратиться къ выясненію законовъ этихъ измѣненій? Въ новѣйшей юридической литературѣ, дѣйствительно, являются попытки построенія такого рода гипотезъ, опирающихся на общіе выводы современнаго естествознанія и предназначаемыхъ служить объясненіемъ естественныхъ законовъ, управляющихъ происхожденіемъ и развитіемъ права. Наиболѣе типичнымъ представителемъ этого направленія является гамбургскій судья Постъ [1]). Въ своемъ «естественномъ законѣ права» онъ сводитъ явленія общественной жизни къ тѣмъ естественнымъ силамъ, которыя опредѣляютъ соотношенія матеріальныхъ атомовъ. Взаимному отталкиванію и притяженію атомовъ соотвѣтствуетъ въ солнечной системѣ—сила центробѣжная и центростремительная, въ общественной жизни—хозяйство и право. Такимъ образомъ, право для Поста есть только своеобразное проявленіе силы притяженія.

Я не имѣю въ виду входить здѣсь въ оцѣнку этой гипотезы по ея содержанію. Я хочу только указать на то, что подобнаго рода гипотезы при всей заманчивости и широтѣ тѣхъ обобщеній, къ которымъ они ведутъ, представляются, въ настоящій моментъ развитія науки права совершенно несвоевременными. Несоотвѣтствуя современному состоянію науки, онѣ, по необходимости, являются вовсе лишенными всякой научной почвы. Непосредственная зачача научныхъ изслѣдованій опредѣляется, главнымъ образомъ, именно современнымъ состояніемъ науки. Изслѣдованія стоящія внѣ такого соотвѣтствія никогда не приведутъ къ прочнымъ результатамъ. Постройку нельзя начинать съ кровли.

Въ какой-же стадіи развитія находится современная наука права? Максъ Мюллеръ въ своихъ лекціяхъ объ языкознаніи говоритъ, что въ развитіи каждой науки можно различать три послѣдовательныя стадіи: стадію эмпирическую, когда дѣло ограничивается собираніемъ и описаніемъ матеріала; стадію классификаціи, когда собранный и изученный матеріалъ классифицируется и наконецъ стадію теоретическую, когда уже выясняются самые законы. Едва-ли кто станетъ оспаривать, что

[1]) Post, Naturgesetz des Rechts, 1867.

правовѣдѣніе теперь находится во второй изъ этихъ трехъ стадій. Если чѣмъ юристы могутъ похвалиться какъ прочнымъ научнымъ пріобрѣтеніемъ, такъ это выработанной ими классификаціей юридическихъ явленій. Но и это дѣло еще далеко не закончено. Классификація, во всѣхъ отрасляхъ права, представляется далеко не одинаково выработанною. Въ публичномъ, и особенно въ общественномъ правѣ, систематизація еще не достигла должнаго развитія. Но, что всего важнѣе, до сихъ поръ почти исключительно имѣется въ виду лишь одна классификація системой. Но классификація системой есть лишь одинъ изъ видовъ классификаціи. Классификація системой имѣетъ въ виду не только раздѣлить классифицируемые предметы на группы, но и соединить эти группы въ одно цѣлое, связать всѣ отдѣльныя группы въ одну совокупную систему ихъ. Система предполагаетъ цѣлый рядъ дѣленій, изъ которыхъ одни являются подраздѣленіями другихъ болѣе общихъ и все систематическое дѣленіе представляется развѣтвленіемъ одного цѣлаго. Этимъ классификація системой и отличается отъ другаго вида классификаціи—классификаціи рядами. При такой классификаціи одни группы не представляются развѣтвленіемъ другихъ, но стоятъ другъ къ другу въ преемственномъ отношеніи. Одно дѣленіе такой классификаціи развивается изъ другой или по крайней мѣрѣ слѣдуетъ за ней во времени, такъ что общая совокупность этихъ дѣленій представляетъ не развѣтвленіе, какъ система, а одну непрерывную цѣпь преемственныхъ группъ. Классификація системой есть группировка, такъ сказать, въ пространствѣ; классификація рядами—группировка во времени.

Выясненіе законовъ развитія права, предполагаетъ уже установленіе классификаціи не только системой, но и рядами. Только тогда, когда будетъ установлена классификація послѣдовательныхъ типовъ юридическаго порядка, возможно будетъ подмѣтить эмпирическій законъ его измѣненій. Поэтому, въ настоящее время ближайшей, непосредственной задачей юридическихъ изслѣдованій и должно служить установленіе такой классификаціи рядами.

Такимъ образомъ, наука права не можетъ остаться безучастной въ общемъ движеніи охватывающемъ, мало-по-малу, всю область человѣческаго вѣдѣнія. Но движеніе это должно отозваться на юридическихъ изслѣдованіяхъ не въ томъ, чтобы они должны были кроиться непремѣнно по образцу естественно-научныхъ или чтобы они должны были непосредственно задаться сведеніемъ явленій юридической жизни къ проявленію элементарныхъ силъ. Пока слѣдуетъ ограничиться лишь тѣмъ, чтобы, оставивъ исключительно систематизирующее направленіе, и въ общей теоріи права перейти къ установленію классификаціи рядами, къ конструкціи юридическихъ институтовъ какъ движущихся, измѣняющихся. Общая теорія права должна изучать юридическіе институты не только

въ ихъ совмѣстномъ существованіи, но и въ ихъ послѣдовательной смѣнѣ. Такая задача конечно скромнѣе, нежели смѣлыя, широкія обобщенія, подобныя тѣмъ какія выставляетъ напр. Постъ; но за то она научнѣе, потому что истинная научность заключается вовсе не во внѣшнемъ подражаніи пріемамъ и языку естественныхъ наукъ, не въ томъ чтобы во чтобы то ни стало раскрывать законы, хотя-бы смѣшивая для этого законы съ явленіями. Если юридическія нормы измѣнчивы и измѣняемы, онѣ не суть законы въ научномъ смыслѣ, а только явленія. Если весь юридическій порядокъ измѣнчивъ, онъ представляетъ только совокупность явленій и законъ, въ научномъ смыслѣ мы должны видѣть не въ измѣняющихся принципахъ того или другаго юридическаго порядка, а въ однообразномъ порядкѣ измѣненій юридическихъ порядковъ общества. Но для этого, прежде всего, надо установить классификацію послѣдовательныхъ типовъ юридическаго порядка.

Что такое опредѣленіе непосредственной задачи современныхъ научныхъ изслѣдованій въ наукѣ права, согласно съ дѣйствительностью это подтверждается характеромъ тѣхъ новыхъ вѣяній, которыя проявляются въ современной юридической литературѣ. Убѣжденіе, что право не есть строго объективный, и, по крайней мѣрѣ въ главныхъ своихъ чертахъ, неизмѣнный порядокъ общественной жизни, а измѣнчивый продуктъ самой этой жизни—все болѣе и болѣе распространяется между юристами. И къ этому приходятъ изслѣдователи самыхъ разнообразныхъ направленій. Соціалистъ Лассаль сходится въ этомъ съ буржуазнымъ и теологизирующимъ Мельферомъ [1]). Для Мельфера справедливость это—само божество, но право есть лишь людское пониманіе справедливости и потому, какъ все человѣческое, не вѣчно и измѣнчиво. Но особеннаго вниманія заслуживаютъ въ этомъ отношеніи труды Іеринга и Лоренца Штейна. Іерингъ уже въ своемъ Geist des römischen Rechts выставилъ новое опредѣленіе права, какъ охрану интересовъ, и этимъ нанесъ рѣшительный ударъ господству крайняго объективизма въ воззрѣніяхъ на право. Если есть еще возможность говорить о неизмѣнной однородности человѣческой воли, какъ формы нашей психической дѣятельности, то измѣнчивая разнородность людскихъ интересовъ представляется для этого уже слишкомъ очевидной. Въ послѣднемъ своемъ произведеніи, онъ уже прямо отрицаетъ безусловный характеръ права: «Der Maasstab des Rechts ist nicht der absolute der Wahrheit, sondern der relative des Zwecks [2]). Кромѣ того, онъ дѣлаетъ въ этомъ-же сочиненіи и попытку установить классификацію рядами по Zwecksubjecten, но только въ частной формѣ, въ отношеніи юридической охраны однихъ только имущественныхъ интере-

[1]) Mailfer, Recherches historiques sur le juste et l'autorité 1873.

[2]) Zweck im Recht, 1878. B. I, s. 430.

совъ [1]). Сопоставленіе съ Іерингомъ — Лоренца Штейна, строющаго свое понятіе правъ на отвлеченномъ понятіи личности, можетъ показаться страннымъ, неумѣстнымъ. Но уже въ общихъ философскихъ основаніяхъ его юридической теоріи, замѣчается вліяніе новыхъ воззрѣній. Дѣйствительно онъ кладетъ въ основу своего построенія не одну лишь неподвижную личность, но и ея дѣятельность, ея That. «Das Recht, говоритъ онъ [2]), ist seinem höchsten Princip nach diese auf dem Wesen der Persönlichkeit ruhende Heiligkeit nnd Unverletzlichkeit der Lebenssphäre der anderen Persönlichkeit und zwar für mein Wollen uud meine That». Этимъ объясняется, что онъ можетъ признавать, вмѣстѣ съ тѣмъ, что «die Gesammtheit aller Rechtsbegriffe nichts ist als die Gesammtheit der *Erscheinungen* [3]). Но каковы-бы ни были философскія основанія ученія Лоренца Штейна, я не ошибусь, кажется, сказавъ, что прочное научное значеніе имѣютъ не его отвлеченныя философскія разсужденія, приведшія его къ признанію того, будто «Das Recht, seinem Princip nach, ist ganz gleichgültig gegen seinen Jnhalt [4]) и даже что «das Recht an sich gar keine Geschichte hat [5]) прямое научное значеніе имѣетъ лишь та сторона его трудовъ, въ которой выражается изученіе дѣйствительно существующаго права; которая представляетъ выполненіе такъ, имъ самимъ, формулированной задачи правоученія: «Die Lehre vom Recht soll zugleich... das gegebene und das Vergangene Recht und in beiden auch die Elemente des künftigen in Forschung und Darstellung enthalten und geben» [6]). И въ этомъ отношеніи, прежде всего, обращаетъ на себя наше вниманіе выставленная Штейномъ классификація послѣдовательныхъ типовъ юридическаго и вообще общественнаго строя: родовой, сословный и государственно-гражданскій. Эта классификація имѣетъ общее значеніе, такъ какъ обнимаетъ собою всѣ стороны общественной жизни. И въ изложеніи Штейна, эта классификація проникаетъ всѣ отдѣльныя ученія, будучи послѣдовательно проведена по всѣмъ частямъ системы. Можно, конечно, не соглашаться съ этою классификаціей, можно находить слишкомъ односторонниимъ ея основаніе, можно сомнѣваться въ ея всеобщей примѣнимости къ отдѣльнымъ обществамъ разныхъ странъ, но все-таки за Штейномъ останется неоспоримая заслуга опредѣленнаго указанія на недостаточность исключительно систематизирующаго направленія и попытки выйти изъ этой исключительной однородности.—Такимъ образомъ, можно сказать, что въ современной литературѣ уже началось движеніе въ указанномъ мною направленіи.

[1]) Ibidem s. 452.
[2]) Gegenwart und Zuknuft, s. 93.
[3]) Ibidem, s. 102.
[4]) Ibidem, s. 94.
[5]) Ibidem, s. 100.
[6]) Ibidem, s. 86.

Нельзя также не указать, что это новое направленіе имѣетъ не только важное теоретическое значеніе, но представляетъ и высокій практическій интересъ. Въ такую переходную эпоху, какую несомнѣнно переживаютъ въ настоящее время европейскія общества, представляется весьма важнымъ опредѣлить въ какомъ направленіи и въ какомъ объемѣ, должны совершиться ближайшія измѣненія общественнаго строя. Вмѣстѣ съ тѣмъ, является настоятельная необходимость въ научномъ выясненіи процесса замѣны одного общественнаго строя другимъ. Что и какъ должно быть измѣнено и что можетъ еще пока сохраниться? Въ какомъ порядкѣ удобнѣе всего можетъ совершиться эта замѣна стараго новымъ? Какія формы приметъ юридическая охрана интересовъ въ новомъ обществѣ? Все это вопросы первой важности, а разрѣшеніе или, по крайней мѣрѣ, выясненіе ихъ наука права можетъ дать лишь подъ тѣмъ условіемъ, что она отрѣшится отъ исключительно систематизирующаго направленія. Систематикъ разсматриваетъ юридическій строй какъ неизмѣнный. Что-же можетъ онъ объяснить, когда дѣло идетъ именно объ измѣненіи юридическаго строя? Старыя воззрѣнія, при этомъ, могутъ только вводить въ заблужденіе. Значительное развитіе, въ настоящее время, экспропріаціи есть несомнѣнный симптомъ переходнаго состоянія. А ему нерѣдко придаютъ какое-то безусловное значеніе, какъ будто это такая форма, которая вездѣ и всегда представляетъ единственный способъ измѣненія въ распредѣленіи юридической охраны тѣхъ или другихъ интересовъ. При этомъ забываютъ только одно—исторію. Въ античномъ мірѣ, для имущественныхъ правъ, экспропріація не практиковалась [4]); охрана имущественныхъ интересовъ находилась тамъ въ соотвѣтствіи съ общимъ строемъ общества. Экспропріація примѣнялась тамъ къ освобожденію рабовъ, въ тѣхъ частныхъ случаяхъ, когда рабство того или другаго лица признавалось недопустимымъ. Такая экспропріація и признавалась тогда единственно возможнымъ способомъ освобожденія со стороны государства. Но съ тѣхъ поръ, это совершенно измѣнилось. Освобожденіе крестьянъ не было облечено въ форму экспропріаціи. И такъ, нельзя, никакимъ образомъ, придавать безусловное значеніе экспропріаціи. Это вовсе не есть неизбѣжная форма движенія права. Это не болѣе какъ симптомъ переходнаго состоянія.

Итакъ—какъ теоретическія, такъ и практическія соображенія одинаково побуждаютъ, оставивъ односторонне систематизирующее направленіе, обратиться къ изученію права въ его жизни, въ его движеніи и, прежде всего, въ выработкѣ для этого классификаціи рядами. И мнѣ кажется, что именно русскіе юристы, въ силу особенностей нашего національнаго характера, особенно способны выполнить эту задачу. И мы

---

[1]) Въ Римѣ до паденія республики, см. объ этомъ у Grünhut Enteignung, 1873.

сами жалуемся, и другія насъ упрекаютъ въ томъ, что у насъ нѣтъ привязанности къ установившимся формамъ. Но точно-ли стоитъ на это жаловаться?

Вся Россія покрыта деревянными постройками. Въ 10, много въ 20 лѣтъ она вся выгораетъ и вновь застраивается. Новымъ людямъ у насъ новыя жилища. Такъ пусть-же и въ нашей общественной жизни не будетъ окаменѣлыхъ формъ, заслоняющихъ намъ свѣтъ будущаго! Замѣнимъ старое, отжившее—лучшимъ, но будемъ помнить, что и это лучшее, въ свой чередъ, должно уступить мѣсто новому.

О научномъ изученіи права.

Любопытный моментъ переживаетъ теперь наука права. Вспоенная и вскормленная подъ кровомъ метафизическихъ системъ, съ паденіемъ ихъ она очутилась вдругъ лицомъ къ лицу съ новымъ философскимъ міросозерцаніемъ, опирающимся на прочное основаніе положительнаго знанія, допускающимъ лишь строго научный, положительный методъ. Приходится обновлять науку права въ самыхъ ея корняхъ. Не только всѣ, самыя основныя ея положенія, подвергаются критикѣ и пересмотру, но даже и вопросъ о томъ, что собственно должно служить предметомъ научнаго изученія права представляется вопросомъ спорнымъ. О задачѣ и методѣ—нечего и говорить.

Критическая повѣрка установившихся пріемовъ и положеній юридической науки, безъ сомнѣнія, составляетъ въ настоящее время насущную потребность. Весь почти научный аппаратъ, какимъ пользуются теперь юристы, сложился на почвѣ метафизическихъ ученій. Ученія эти пали, метафизическія теоріи права отвергнуты, а вытекающія изъ этихъ теорій общія положенія, общія категоріи, опредѣленія, все еще остаются ходячей монетой въ обиходѣ юридической литературы. Монета эта порядкомъ-таки пообтерлась, но вглядѣвшись, нетрудно различить на ней черты Канта, Гегеля, Краузе, и другихъ князей метафизики. И все это смѣшивается, безразлично, одно съ другимъ, такъ какъ при всемъ разнообразіи вся эта монета неразмѣнная. Ее и не на что размѣнять. Размѣнный фондъ давно исчезъ и она можетъ удовлетворить лишь того, кто привыкъ довольствоваться вмѣсто мысли одними словами.

Такое положеніе продолжаться долго не можетъ. Такъ или иначе, а надо выйти изъ него. И новѣйшая юридическая литература представляетъ, одну за другой, рядъ попытокъ найти желанный исходъ. Но пока эти попытки крайне разрознены. До сихъ поръ не опредѣлилась еще, хотя-бы въ общихъ чертахъ, самая постановка вопроса. Нѣтъ согласія не только въ вопросѣ о томъ, *какъ* должно быть совершено обновленіе, но даже и въ вопросѣ о томъ, *къ чему* собственно должно

оно относиться. Казалось-бы, что перестройка науки можетъ касаться всегда только пріемовъ изслѣдованія, метода. Нѣкоторыя измѣненія допускаетъ пожалуй и опредѣленіе задачи. Но по крайней мѣрѣ самый предметъ изученія не можетъ мѣняться съ смѣной научныхъ направленій. Если вмѣстѣ съ методомъ и задачей мы измѣнимъ и самый предметъ изученія, то наука уже не можетъ остаться сама собой. Замѣняя одинъ предметъ изученія другимъ, мы уже болѣе не обновляемъ науки, а прямо ставимъ на ея мѣсто другую, неимѣющую съ ней ничего общаго. Поэтому, какъ-бы глубоки ни были измѣненія, обусловливаемыя примѣненіемъ къ правовѣдѣнію положительнаго метода они не могутъ относиться къ самому предмету науки. Точно также не можетъ измѣниться и существо задачи. Можетъ понадобиться другая формулировка задачи, можетъ явиться потребность нѣсколько расширить ее. Но существо задачи науки не мѣняется отъ измѣненія метода, потому, что задача науки не есть дѣло теоретическаго измышленія. Задача ставится жизнью. Дѣло науки лишь отыскивать средства для рѣшенія ставимыхъ ей жизнью задачъ.

Не такъ смотрятъ на это современные юристы, принимающіе на себя роль глашатаевъ новыхъ путей въ наукѣ. Если вѣрить имъ, наука права должна совсѣмъ переродиться. Въ корнѣ долженъ измѣниться не только методъ, но и задача, и предметы. Да и въ отношеніи къ методу они требуютъ такихъ измѣненій, которыя рѣшительно нельзя оправдать требованіями положительнаго метода. Таково напримѣръ отрицаніе научнаго значенія за юридической конструкціей. Все это легко объясняется стремленіемъ облегчить примѣненіе къ наукѣ права пріемовъ положительнаго изслѣдованія, причемъ, увлекаясь поставленной себѣ задачей, незадумываются поступаться всѣми своеобразными особенностями юридическаго изслѣдованія. Они забываютъ, что при такихъ условіяхъ въ результатѣ получается примѣненіе положительнаго метода уже не къ наукѣ права, а къ чему-то совершенно иному, безъ вся каго основанія называемому все-таки наукой права, но не похожей на нее, какъ день и ночь.

Какъ-бы то ни было, вопросъ стоитъ того, чтобы обсудить его пообстоятельнѣе.

I.

Не только въ обыденной жизни, не только у юристовъ практиковъ, но и въ научной юридической литературѣ, нерѣдко встрѣчается такое пониманіе права, которое видитъ въ немъ только и исключительно совокупность установляемыхъ государственной властью законовъ. Все что не основано на такомъ законѣ—не есть право. Поэтому нѣтъ права тамъ, гдѣ нѣтъ государства: право возникаетъ только въ государствѣ, есть его исключительный продуктъ. Обычное право слѣдо-

вательно не есть дѣйствительное право. Не можетъ быть и права, которое бы дѣйствовало за предѣлами отдѣльныхъ государствъ, другими словами, не можетъ существовать международнаго права. Съ другой стороны, такъ какъ законъ признается тутъ единственнымъ источникомъ всякаго права, то волѣ законодателя не могутъ быть противупоставляемы никакія начала права. Какъ бы велѣніе закона ни стѣсняло личную свободу, свободу слова, совѣсти, какое бы крайнее неравенство оно не установляло между согражданами, какъ бы гибельно оно ни отражалось на общественномъ и частномъ благосостояніи, какъ бы ни противорѣчило нашему чувству справедливости, требованіямъ нравственности, предписаніямъ религіи, тѣмъ не менѣе это велѣніе закона, мы должны признать правомъ, потому что правое есть ничто иное, какъ предписаніе закона.

Такимъ образомъ право и законъ тутъ отожествляются. Понятно, что идти далѣе этого, такъ называемаго «положительнаго» воззрѣнія, невозможно; нельзя еще болѣе ограничить объемъ понятія права. Не признать и законъ правомъ, значило бы уже вовсе отрицать существованіе права.

Охарактеризованное нами, въ общихъ чертахъ, положительное воззрѣніе на право, получило особенное распространеніе именно въ современной германской литературѣ, а за нею и въ нашей, привыкшей издавна слѣдовать примѣру нѣмцевъ. Популярность такого воззрѣнія коренится, прежде всего, въ потребностяхъ юридической практики. Въ практической жизни вопросъ о правѣ, дѣйствительно, сводится большею частью къ вопросу о томъ, что предписано закономъ. Обычное право въ современныхъ государствахъ играетъ сравнительно ничтожную роль, будучи почти совершенно заслонено законодательствомъ. Теоретическими вопросами права, оцѣнкой законодательства, приходится заниматься весьма немногимъ. Громадное большинство, самымъ обиходомъ жизни пріучается смѣшивать понятія права и закона. Привыкнувъ видѣть въ законѣ мѣрило различенія праваго и неправаго, забываютъ, что и самый законъ можетъ, также, на основаніи другихъ уже критеріевъ, быть подвергнутъ оцѣнкѣ, быть признанъ правымъ или неправымъ. Это совершенно тоже, какъ если-бы кто, привыкнувъ всѣ вещи взвѣшивать въ воздухѣ, самый воздухъ считалъ поэтому невѣсомымъ тѣломъ. Но кромѣ этого практическаго основанія, положительное воззрѣніе на право находитъ себѣ основаніе и въ теоретическихъ стремленіяхъ и притомъ самаго разнообразнаго рода. Представители «старомоднаго» направленія, сторонники существованія абсолютной идеи справедливости, видятъ въ отожествленіи права съ закономъ, средство примирить свое ученіе съ дѣйствительностью. Разнообразіе и измѣнчивость, словомъ относительность положительнаго права, фактъ неоспоримый. И вотъ, чтобы спасти

догматъ существованія абсолютной справедливости, проводятъ рѣзкую грань между правомъ и справедливостью, признавая право лишь случайной, измѣнчивой формой справедливости. Празнавая относительность права, думаютъ тѣмъ вѣрнѣе отстоять абсолютный характеръ справедливости. Такъ поступалъ еще старикъ Шталь. Но и въ современной литературѣ не переводятся представители того-же направленія. Сошлемся хотя бы на автора новѣйшей нѣмецкой философіи права, на Адольфа Лассона [1]). Право, говоритъ онъ, есть внѣшній порядокъ, съ болѣе или менѣе случайной исторической формой. Потому, все право есть право положительное. Потому право можетъ существовать только въ государствѣ и есть произведеніе государственной власти. Справедливость же есть начало абсолютное и именно начало равенства. Ея отношеніе къ праву есть отношеніе идеальнаго требованія (ideale Anforderung), которое однако никогда не осуществится вполнѣ.

Такая постановка вопроса, безъ сомнѣнія, дѣлаетъ болѣе возможной защиту существованія абсолютнаго принципа справедливости, такъ какъ тутъ самая объективная, самая осязательная форма выраженія человѣческаго сознанія о справедливомъ—положительное право, признается за нѣчто принципіально отличное отъ справедливости, противоположное ей, и затѣмъ, для изслѣдованія собственно справедливости, остаются лишь болѣе субъективныя, менѣе опредѣленныя выраженія нашего о немъ сознанія. Неопредѣленность, неуловимость изслѣдуемыхъ явленій затрудняетъ полученіе и опредѣленнаго результата. А подъ покровомъ неопредѣленности только и возможно еще отстаивать существованіе регулирующихъ человѣческую жизнь абсолютныхъ идей.

Но и между представителями реалистическаго направленія, вовсе не имѣющими въ виду отстаивать существованіе абсолютной идеи справедливости, распространено отожествленіе права съ закономъ.

Реалисты, какъ извѣстно, надѣются примѣнить къ изученію права положительный методъ, обработавшійся въ средѣ естествознанія. При сравненіи науки права съ естествознаніемъ, прежде всего, бросается въ глаза внѣшняя, такъ сказать, осязательность самаго предмета естественныхъ наукъ. Такъ вотъ, задаваясь цѣлью примѣнить къ правовѣдѣнію тотъ же положительный методъ, который обусловилъ такой успѣхъ въ естествознаніи, думаютъ достичь этого приданіемъ и предмету науки права, по возможности, такой же опредѣленности, такой же осязательности. А самая осязательная форма права, конечно законъ. И вотъ отождествленіе права съ закономъ признается требованіемъ положительнаго метода. Но можно ли согласиться съ этимъ? Весьма сомнительно.

Юристъ, отожествляющій право съ закономъ, не можетъ все таки

---

[1]) System der Rechtsphilosophie von Adolf Lasson. Berlin und Leipzig. 1882.

уйти отъ вопроса объ образованіи закона. Онъ долженъ же изслѣдовать первое возникновеніе положительнаго закона и процессъ его образованія въ современномъ быту. Но такое изслѣдованіе приводитъ неизбѣжно къ выводамъ, сильно колеблющимъ сведеніе всего права къ формѣ закона. Исторія показываетъ намъ, что первые законы были ничѣмъ инымъ, какъ записанными лишь обычаями, до такой записи охранявшимися существовавшимъ тогда судебнымъ процессомъ. Все первоначальное законодательство носитъ характеръ лишь дополненія, придатка къ обычному праву. Оно установляетъ въ отношеніи къ нему частныя дополненія и измѣненія, и по тому самому предполагаетъ необходимое его существованіе. Такимъ образомъ мы видимъ, что законъ отъ обычая отдѣляется лишь чисто внѣшнимъ актомъ фиксаціи обычая государственной властью, и мы видимъ, что и послѣ возникновенія законодательства, обычай и законъ стоятъ въ тѣснѣйшей связи взаимной обусловленности. Слѣдовательно, исторія возникновенія законодательства рѣшительно не позволяетъ отожествлять все право съ его частной формой, закономъ, и не считать правомъ юридическихъ обычаевъ. Но то же самое мы увидимъ, если обратимся къ процессу образованія законовъ въ современномъ быту. И тутъ, сложившіяся въ обществѣ убѣжденія о правѣ и неправѣ, переходятъ въ законъ, въ силу опять таки чисто внѣшняго, формальнаго акта, напр., голосованія въ парламентѣ. Скажутъ, кромѣ этого формальнаго акта тутъ происходитъ и другой, касающійся уже измѣненія самаго существа отношенія: оно получаетъ принудительную охрану со стороны общественной власти. Однако, если дѣло сводить къ этому признаку, къ принудительному вынужденію соблюденія извѣстнаго правила, то уже нельзя отожествлять законъ съ правомъ. Далеко не всякій законъ имѣетъ за собой такую принудительную охрану. Во-первыхъ, многіе законы вовсе не имѣютъ за собой прямой принудительной санкціи. Изъ всѣхъ постановленій нашего государственнаго права, самымъ основнымъ и безусловно обязательнымъ является требованіе, чтобы государь исповѣдывалъ православіе. Несоблюденіе этого правила, при настоящемъ складѣ народныхъ убѣжденій, немыслимо. Но вы напрасно стали бы искать въ законѣ указанія на напередъ опредѣленныя практическія средства охраны этого правила. Такихъ указаній нѣтъ. И это примѣръ не единственный. Многія изъ самыхъ незыблемыхъ началъ права, и не у насъ только, лишены вовсе внѣшней санкціи.

Во-вторыхъ и тамъ, гдѣ такая санкція опредѣлена, она можетъ быть на дѣлѣ мнимой или по крайней мѣрѣ неосуществимой. Напримѣръ, постановленіе нашего закона о недѣйствительности духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, оказывается на дѣлѣ мнимой санкціей, такъ какъ въ постановленіяхъ устава уголовнаго судопроизводства имѣются непрео-

долимыя препятствія возможности добиться судебнаго признанія недѣйствительности такого завѣщанія.

Если законы, которые практически неосуществимы, въ силу того, что становятся въ разрѣзъ со сложившимися народными воззрѣніями и убѣжденіями. Такъ, строгая отвѣтственность, установленная у насъ за нарушенія паспортнаго устава, лишается своего практическаго значенія, въ силу непрерывнаго почти ряда оправдательныхъ вердиктовъ присяжныхъ по такого рода дѣламъ.

И наоборотъ, законъ, находящій себѣ поддержку въ общественномъ мнѣніи, нерѣдко встрѣчаютъ противодѣйствіе своему осуществленію со стороны самой государственной власти. Даже самодержавная власть не всегда рѣшится прямо и явно отмѣнить законъ, поддерживаемый общимъ сочувствіемъ общества. Формально сохраняя такой законъ въ силѣ, она зачастую косвенно, негласно, обезсиливаетъ его постановленія. У насъ основные законы даже прямо предусматриваютъ возможность изданія узаконеній, подлежащихъ тайнѣ.

Въ виду этого, если мы сведемъ понятіе права къ понятію внѣшне вынуждаемыхъ правилъ, мы уже не можемъ, безъ дальнѣйшаго разбора, всякій законъ признавать правомъ. Намъ необходимо войти въ разсмотрѣніе иногда весьма сложнаго и запутаннаго вопроса о практической осуществимости права. А для разрѣшенія этого вопроса одинаково имѣютъ значеніе: и облеченіе правила въ форму закона, и отсутствіе рѣшительнаго ему противодѣйствія, со стороны народныхъ убѣжденій о справедливомъ.

Но въ чемъ особенно ясно сказывается невозможность признать принципіальное различіе между закономъ и правовымъ убѣжденіемъ, ненашедшимъ себѣ выраженія въ законѣ, такъ это въ характерѣ самой санкціи юридическихъ нормъ. Послѣдствіе нарушенія нормы есть всегда ничто иное, какъ примѣненіе другой какой-либо нормы. Юридическимъ послѣдствіемъ нарушенія нормъ нельзя считать самое совершеніе, положимъ, смертной казни или взысканіе присужденной суммы. Дѣйствительное исполненіе нормъ, дѣйствительное взысканіе долга, всегда будетъ вопросомъ факта. Юридическое послѣдствіе нарушенія нормъ составляетъ лишь примѣненіе другой нормы, предполагающей въ такихъ случаяхъ примѣненіе смертной казни или принудительнаго взысканія долга. Но такой санкціи нелишены и начала справедливости, выражающіяся исключительно въ субъективныхъ убѣжденіяхъ членовъ общества. Нарушеніе такихъ нормъ справедливости, точно также имѣетъ своимъ послѣдствіемъ примѣненіе другихъ нормъ справедливости, указывающихъ на то, чего требуетъ справедливость при данныхъ условіяхъ, напр., въ томъ случаѣ, когда можетъ быть опредѣляемо, съ точки зрѣнія субъективнаго убѣжденія о справедливости, пассивное или даже активное сопротивленіе. Безъ сомнѣнія очень часто

лицу, правовыя убѣжденія котораго расходятся съ началами положительнаго законодательства, приходится, подчиняясь необходимости, отказываться отъ осуществленія на дѣлѣ исповѣдуемыхъ имъ началъ справедливости. Но въ такомъ же точно положеніи нерѣдко оказывается и власть: нѣтъ страны гдѣ бы всѣ законы исполнялись всѣми, даже самыми добросовѣстными гражданами. Конечно, такіе случаи неосуществленія велѣній власти гораздо рѣже, но это уже количественное лишь, а не принципіальное различіе.

Въ нашей литературѣ имѣется весьма любопытная попытка научнаго обоснованія отождествленія права съ закономъ. Я говорю объ извѣстной книгѣ проф. Муромцева «Опредѣленіе и основное раздѣленіе права». Муромцевъ разсматриваетъ право, какъ частную форму воздѣйствія общественной среды на людскія отношенія. Отношенія людей вообще усложняются подъ вліяніемъ той среды, въ которой они совершаются, а именно: того общества, гдѣ люди живутъ. Общество оказывается заранѣе склоннымъ къ оказанію субъекту отношеній помощи въ дѣлѣ установленія и поддержанія его отношеній. Эта помощь или защита совершается въ двухъ направленіяхъ. Во-первыхъ, она можетъ быть направлена къ устраненію препятствій, лежащихъ внѣ даннаго общества. Это Муромцевъ называетъ защитой перваго рода. Во-вторыхъ, общество защищаетъ отношенія однихъ, изъ числа своихъ членовъ, противъ посягательства со стороны другихъ членовъ. Это защита втораго рода. Она происходитъ въ двухъ формахъ: неорганизованной и организованной. Организованная защита отличается тѣмъ, что она совершается заранѣе опредѣленнымъ порядкомъ и, обыкновенно, особенными, установленными для того органами. Такая, напередъ опредѣленная защита отношеній и есть право. Принявъ такое опредѣленіе, Муромцевъ, весьма послѣдовательно, приходитъ къ отожествленію права съ закономъ, не признавая существованія не только какого либо другого права, кромѣ положительнаго, но даже отрицая существованіе и международнаго и обычнаго права.

Нетрудно однако показать совершенную несостоятельность даваемаго Муромцевымъ опредѣленія права. Оно всецѣло покоится на совершенномъ игнорированіи психическаго элемента и потому до нельзя односторонне. Приводя съ одной стороны, къ исключенію изъ числа правовыхъ явленій обычнаго права и права международнаго, оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, слишкомъ широко. Если юридическая защита объясняется только какъ защита напередъ опредѣленная, то невидно, почему бы она не могла имѣть мѣста и по отношенію къ частямъ какого-нибудь агрегата, составленнаго изъ неодушевленныхъ частей. Воздѣйствіе механизма на взаимныя отношенія его частей, также напередъ опредѣлено. Дѣйствіе напр. предохранительнаго клапана, съ гораздо большимъ правомъ можно

назвать напередъ опредѣленнымъ, нежели дѣйствіе уголовнаго суда. Такой же организованной защитой представляется порядокъ, установленный въ стадѣ пастухомъ, съ помощью собакъ. Но ни въ томъ и въ другомъ случаѣ никто не станетъ говорить о правѣ. Мы ограничиваемъ понятія права только людскими отношеніями и это, конечно, потому, что въ примѣненіи къ нимъ напередъ опредѣленная защита получаетъ достаточно характерныя особенности. А если мы спросимъ, въ чемъ эти особенности, то мы не найдемъ другой общей особенности какъ ту, что только люди могутъ сознавать существованіе такого напередъ опредѣленнаго порядка защиты ихъ отношеній и самое это сознаніе дѣлается для нихъ новымъ, опредѣляющимъ ихъ поведеніе, стимуломъ. Они сознаютъ стѣсненія, вытекающія для нихъ изъ этого порядка и это сознаніе правъ и обязанностей, направляетъ извѣстнымъ образомъ ихъ дѣятельность. Поэтому, воздѣйствіе на людей, завѣдомо для нихъ, напередъ опредѣленной защиты, гораздо сильнѣе и сложнѣе, чѣмъ дѣйствіе защиты неорганизованной.

Въ отношеніи же къ частямъ механизма или членамъ стада и опредѣленное напередъ и неопредѣленное воздѣйствіе всегда одно и тоже. И наоборотъ, если мы предположимъ, что данное правительство руководится въ своихъ дѣйствіяхъ какимъ либо заранѣе составленнымъ, но сохраняемымъ въ тайнѣ, можетъ быть даже маскируемымъ планомъ, никто опять таки не назоветъ этотъ тайный, никому невѣдомый планъ и опредѣляемое имъ воздѣйствіе правительства на общество правомъ, хотя такое воздѣйствіе безусловно подходитъ подъ понятіе «организованной защиты второго рода». Исторія, правда, знаетъ примѣръ сохраненія законовъ въ тайнѣ. Но тайна тутъ всегда ограничивалась однѣми техническими подробностями. И во всякомъ случаѣ, самое существованіе законовъ ни для кого и въ этихъ случаяхъ не было тайной, потому что члены общества сознавали за собой права и обязанности, хотя и не могли опредѣлить ихъ съ точностью. Но въ такомъ положеніи находится громадное большинство населенія и тамъ, гдѣ законы не составляютъ тайны. Въ нашемъ же примѣрѣ и существованіе плана маскируется и потому ни у кого не можетъ явиться увѣренности въ какихъ либо выгодахъ, основывающихся на этомъ невѣдомомъ планѣ. Такой планъ дѣйствуетъ на отношенія членовъ общества лишь посредственно, насколько опредѣляетъ дѣйствія правительства. Право же дѣйствуетъ не этимъ только путемъ, но и непосредственно, порождая въ сознаніи людей увѣренность въ выгодахъ и стѣсненіяхъ, обусловленныхъ именно этимъ, напередъ опредѣленнымъ порядкомъ воздѣйствія общественной власти. Такимъ образомъ, для возможности отличить право отъ всякаго иного, напередъ опредѣляемаго порядка, необходимо обратиться къ психическому элементу, къ сознанію людей, къ имѣющемуся

у нихъ представленію о существованіи такого, напередъ опредѣленнаго порядка. Но если такъ, то очевидно, что для объясненія правовыхъ явленій главное, первенствующее значеніе имѣетъ именно этотъ психическій элементъ. Соотвѣтствіе имѣющагося у людей представленія о существованіи напередъ опредѣленнаго порядка защиты ихъ отношеній, объективной дѣйствительности, имѣетъ лишь второстепенное значеніе. Это тѣмъ болѣе, что напередъ опредѣленный порядокъ никогда вполнѣ не осуществляется, хотя бы онъ и поддерживался общественной властью: не всѣ долги, даже обезпеченные подлежащими документами, взыскиваются, не всѣ законы правильно и однообразно толкуются. Слѣдовательно, убѣжденіе въ существованіи напередъ опредѣленнаго порядка, къ какому бы его источнику ни относили, всегда значительно расходится съ дѣйствительностью. А отсюда прямой выводъ, что между поведеніемъ, опредѣляемымъ представленіемъ о напередъ опредѣленномъ порядкѣ, дѣйствительно установленномъ государственною властью, и поведеніемъ, опредѣляющимся представленіемъ о порядкѣ установленномъ какимъ нибудь ложнымъ божествомъ или вытекающимъ съ логической необходимостью изъ метафизической сущности человѣческой личности,—что между тѣмъ и другимъ поведеніемъ нѣтъ принципіальнаго различія. Конечно тотъ, кто станетъ въ своемъ поведеніи руководствоваться субъективнымъ своимъ правосознаніемъ, легко можетъ потерпѣть горькое разочарованіе въ объективномъ значеніи принимаемой имъ идеи справедливости. Но точно такое же разочарованіе постигнетъ и того, кто будетъ руководствоваться исключительно положительнымъ закономъ, такъ какъ и законъ часто оказывается на дѣлѣ безсильнымъ. Словомъ, для отграниченія права отъ всякаго другого, напередъ опредѣленнаго порядка, необходимо обратиться къ психической сторонѣ правовыхъ явленій. А разъ мы это сдѣлаемъ, опредѣленіе права, даннаго Муромцевымъ, падаетъ само собой: между закономъ, установляемымъ властью и другими формами выраженія правосознанія, нѣтъ принципіальнаго различія.

Въ законѣ мы можемъ видѣть лишь одну изъ частныхъ формъ выраженія права. Но если такъ, если на ряду съ закономъ существуютъ и другія формы выраженія права, если выражающееся въ различныхъ формахъ право, неодинаково и по содержанію, то не должны ли мы отсюда заключить, что за этими частными проявленіями права стоитъ неизмѣнная, вѣчная идея права? Законъ, обычаи, субъективныя воззрѣнія на право, не суть ли только блѣдныя отраженія этой вѣчной идеи права, не должны ли мы видѣть въ нихъ лишь рядъ попытокъ человѣчества познать и воплотить, по внѣшней осязательной формѣ, этотъ неизмѣнный принципъ права?

Такого взгляда держатся дѣйствительно представители идеалистиче-

скаго направленія [1]). Для нихъ предметомъ науки права служитъ не измѣнчивое историческое право, основанное на человѣческой волѣ, на человѣческомъ пониманіи права, а абсолютное и потому неизмѣнное, непреложное право, основанное на самой природѣ человѣка, общества, или даже всего міра. Къ нимъ примыкаютъ и нѣкоторые представители реалистическаго направленія, видящіе въ правѣ, конечно, не абсолютную идею, какъ идеалисты, но также и не совокупность явленій, а законъ общественной жизни. Таковы, напримѣръ, Постъ и Мюллеръ, видящіе въ положительномъ правѣ лишь человѣческое пониманіе неизмѣннаго, объективнаго закона, являющагося лишь частной формой общихъ міровыхъ законовъ. При такомъ взглядѣ на право, изученіе историческихъ его формъ можетъ имѣть лишь второстепенное, вспомогательное значеніе, какое вообще, во всѣхъ отрасляхъ знанія, можетъ имѣть знакомство съ несовершенными, ошибочными воззрѣніями, представляющими однако постепенное приближеніе къ истинѣ. Настоящій же, подлинный предметъ науки права есть только его вѣчная, неизмѣнная идея или его объективный законъ.

Такое воззрѣніе, представляющее прямую противуположность отожествленію права съ положительнымъ закономъ, однако также возбуждаетъ рядъ сомнѣній. Существованіе вѣчной идеи права является предположеніемъ, недопускающимъ прямой повѣрки. Доказывая существованіе вѣчнаго, неизмѣннаго права, основаннаго не на волѣ людей, а на природѣ, предполагаютъ, конечно, что природа человѣка есть нѣчто данное готовымъ, вполнѣ законченное и потому неизмѣнное. Но такое предположеніе рѣшительно противорѣчитъ выводамъ современной психологіи, указывающей намъ, что психическая природа человѣка есть такой же продуктъ развитія, что она также подлежитъ измѣненіямъ, какъ и все въ мірѣ. Поэтому, если бы мы даже приняли существованіе, на ряду съ историческимъ правомъ, выражающимся въ мѣняющихся законахъ и обычаяхъ, другого права, непосредственно вытекающаго изъ природы человѣка, мы все-таки никакъ не можемъ признать этого права вѣчнымъ, неизмѣннымъ, безусловнымъ. Это—во-первыхъ; но кромѣ того, идеалистическое воззрѣніе противорѣчитъ первымъ началамъ той теоріи познанія, которая лежитъ въ основѣ всякой положительной науки, и исходитъ, какъ изъ своего корня, изъ принципа относительности всего нашего знанія. Утверждать существованіе права гдѣ-то внѣ насъ, независимо отъ насъ, какъ чувствующаго и познающаго субъекта, значитъ совершенно отрицать относительность нашего знанія, значитъ вновь возвращаться къ пресловутой задачѣ метафизики—познать безотноситель-

[1]) Какъ на представителя, весьма послѣдовательнаго, этого воззрѣнія въ нашей литературѣ, можно указать по *Кашкину*, О сущности права, 1872.

ную истину, истину не для насъ только, но истину вообще, истину абсолютную. Поэтому, если мы не хотимъ возвращаться къ метафизическимъ построеніямъ, мы должны безусловно отбросить всякую мысль о возможности познать какое-то вѣчное, абсолютное право.

Точно также совершенно недопустимо признаніе права закономъ, въ научномъ смыслѣ. Уже Гуго указывалъ на необходимость строго различать юридическіе законы отъ законовъ въ философскомъ, какъ онъ выражался, смыслѣ [1]). И дѣйствительно, законъ, въ научномъ смыслѣ, дѣйствуетъ неуклонно, потому что самъ онъ есть ничто иное, какъ обобщеніе наблюдаемаго постоянства въ явленіяхъ. Такой законъ не знаетъ нарушеній. Напротивъ, законы правовые заурядъ нарушаются; это потому, что они не суть обобщенное выраженіе того, что есть, а напротивъ, предписаніе того, что должно быть. Затѣмъ, законы въ научномъ смыслѣ неизмѣнны: въ различныхъ условіяхъ они могутъ приводить къ различнымъ результатамъ, различнымъ выраженіямъ; но сами по себѣ они всегда одни и тѣ-же. Такъ законъ тяготѣнія всегда одинъ и тотъ же, хотя паденіе тѣлъ въ различной средѣ представляется различнымъ; напротивъ, юридическіе законы не только различно примѣняются, но и сами измѣнчивы. Нельзя поэтому видѣть въ правѣ и закона общественной жизни.

Мнѣ могутъ, пожалуй, сказать, что приведенныя соображенія противъ разсмотрѣнныхъ, крайнихъ воззрѣній на право, не рѣшаютъ еще дѣла, что и сами они довольно спорны, что вопросъ о томъ, есть ли право только велѣніе государственной власти или вѣчная идея, есть одна изъ глубочайшихъ, труднѣйшихъ проблемъ человѣческой мысли, немогущихъ быть разрѣшенными столь просто и легко.

Все это такъ. Но для нашей цѣли достаточно признаніе крайней спорности этого вопроса. Разъ обозначеніе предмета науки опирается, какъ на свои основанія, на крайне спорныя положенія, обозначеніе это уже по этому самому должно быть признано негоднымъ. Когда человѣку только что приступающему къ изученію науки, надо опредѣленно обозначить подлежащій изученію предметъ, онъ не можетъ принять такое обозначеніе предмета, которое необходимо предполагаетъ рѣшеніе спорныхъ въ наукѣ вопросовъ. Разрѣшеніе этихъ вопросовъ, по крайней мѣрѣ разрѣшеніе научное, можетъ быть получено не иначе, какъ путемъ всесторонняго, глубокаго изученія предмета, а для этого надо раньше уяснить себѣ, что составляетъ этотъ предметъ. Такимъ образомъ получается безъисходный кругъ. Причину этого понять нетрудно.

Разобранныя нами воззрѣнія на право не указываютъ только предмета, подлежащаго изученію юриста, но даютъ уже сразу и общее объ-

[1]) Civilistisches Magazin, B. IV, 1815.

ясненіе изучаемыхъ явленій. Указаніе опредѣленнаго круга явленій, требующихъ объясненія, смѣшивается тутъ съ гипотезой, представляющей попытку ихъ объясненія. Не установивъ надлежащимъ образомъ фактовъ, требующихъ объясненія, представители и положительнаго и идеалистическаго направленія сразу даютъ объясняющую ихъ гипотезу,—и не гипотезу, какъ бы это слѣдовало, повѣряютъ фактами, а наоборотъ, произвольно съуживаютъ кругъ фактовъ, подходящихъ подъ данное понятіе, соотвѣтственно требованіямъ гипотезы или даже прибѣгаютъ къ признанію существованія ничѣмъ недоказаннаго, неизмѣннаго, идеальнаго права. Это, конечно, значительно облегчаетъ задачу, но за то совершенно противорѣчитъ элементарнымъ требованіямъ научнаго изслѣдованія.

Все наше знаніе, обыденное, житейское, также какъ и научное, опирается на одно и тоже основаніе: на свидѣтельство нашего собственнаго сознанія. Мы можемъ ошибаться въ объясненіи нашего сознанія, но самое сознаніе есть для насъ непосредственная достовѣрность, дальше которой намъ идти некуда, достовѣрнѣе которой для насъ ничего не существуетъ. Наука можетъ показать ошибочность обыденнаго объясненія фактовъ сознанія, но и она ничего не можетъ противупоставить самимъ этимъ фактамъ. И система научнаго знанія, какъ система посредственныхъ достовѣрностей, основана на тѣхъ же непосредственно-достовѣрныхъ фактахъ сознанія. Когда человѣкъ, при сильномъ механическомъ раздраженіи глаза, видитъ цѣлое море огня, никакая наука не можетъ убѣдить его, что онъ этого не видитъ. Конечно, можно доказать, что причина этого не свѣтовое, а механическое раздраженіе. Но это уже другой вопросъ. Тутъ вопросъ будетъ идти уже не о томъ; вижу-ли я море огня или нѣтъ, а лишь о томъ, *почему* я его вижу. Точно также, если велѣніе законодательной власти возмущаетъ мое чувство права, никакая юридическая наука не въ силахъ меня убѣдить, что я не могу чувствовать нарушенія своего права закономъ, потому дескать, что законъ и есть единственное основаніе всякаго права. Другое дѣло, опять, объясненіе такого сознанія нарушеннаго права. Быть можетъ самое чувство права развилось въ людяхъ только въ силу долгаго существованія законовъ, такъ что не законы обусловливаются правовымъ чувствомъ, а наоборотъ, правовое чувство—законами. Быть можетъ и такъ, что сознаваемое нами чувство права есть дѣйствіе вѣчной абсолютной идеи права и, въ такомъ случаѣ, чувство права предшествуетъ законамъ, обусловливаетъ ихъ. Быть можетъ, правъ Іерингъ, утверждающій, что только право порождаетъ въ людяхъ правовое чувство; можетъ быть правъ Шлоссманъ, видящій, напротивъ, въ правовомъ чувствѣ источникъ права. Объ этомъ можно спорить. Но возможность возмущенія нашего чувства права не только дѣйствіемъ, несогласнымъ съ закономъ,

но и самимъ закономъ, есть для насъ непосредственно достовѣрный фактъ нашего сознанія. Наука можетъ его такъ или иначе объяснить, но не можетъ его опровергнуть.

Принявъ въ руководство, прежде всего, строгое отдѣленіе факта отъ его объясненія, намъ не трудно будетъ опредѣлить предметъ правовѣдѣнія. Для этого мы должны обратиться къ свидѣтельству нашего собственнаго сознанія, оставляя пока совершенно въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ объясняются эти факты сознанія.

Сознаніе указываетъ намъ, что мы различно относимся ко внѣшнимъ объектамъ, смотря потому, представляемъ ли мы ихъ себѣ одушевленными или нѣтъ. Въ отношеніи неодушевленныхъ объектовъ возможно, съ нашей стороны только физическое воздѣйствіе. Мы не станемъ просить или убѣждать море, чтобы оно не волновалось. Но дикарь, видящій и въ «морѣ» одушевленное существо, проситъ и море. Въ отношеніи къ одушевленнымъ объектамъ, наряду съ физическимъ, и даже гораздо чаще его, мы примѣняемъ психическое воздѣйствіе. Существо психическаго воздѣйствія состоитъ въ томъ, что мы стараемся вызвать въ душѣ другого такое представленіе, которое бы побудило совершить желательное намъ дѣйствіе и для того совершаемъ извѣстныя, символическія дѣйствія (слова, мимическія тѣлодвиженія), обладающія свойствомъ вызывать въ умѣ данное представленіе. Одна изъ частныхъ формъ психическаго воздѣйствія есть требованіе отъ другого соблюденія извѣстнаго поведенія, какъ необходимаго слѣдствія какой-либо болѣе общей идеи, служащей по нашему убѣжденію необходимымъ мотивомъ поведенія. Сознаніе такой обусловленной какой-либо общей идеей возможности требовать что-либо отъ другого и есть чувство права, а самая условная возможность—право. Такъ мы говоримъ о правѣ на все то, что охранено закономъ, въ смыслѣ возможности, обусловленной общей идеей обязательности законовъ, о правѣ на свободу совѣсти, какъ о возможности, обусловленной общей идеей неприкосновенности для государственной власти внутренней духовной сферы, о правѣ всѣхъ на одинаковое покровительство законовъ, какъ о возможности, обусловленной общей идеей равенства. Когда человѣкъ утверждаетъ за собой на что либо право, онъ всегда ссылается какъ на основаніе, на какую-либо подобную общую идею. Напротивъ, при другихъ формахъ психическаго воздѣйствія этого не бываетъ. Если человѣкъ угрозой вынуждаетъ исполнить его несправедливыя требованія, то онъ не ссылается ни на какую общую идею, а старается вызвать въ душѣ того, кому онъ грозитъ, совершенно конкретное и по возможности живое представленіе о томъ частномъ стеченіи обстоятельствъ, которое фактически, въ данномъ конкретномъ случаѣ, дастъ угрожающему возможность привесть свою угрозу въ исполненіе. Когда человѣкъ проситъ что либо

какъ милости, по праву ему неслѣдующей, онъ точно также старается возбудить въ другомъ, картиной предстоящихъ ему лишеній и бѣдствій, чувство состраданія.

Содержаніе общей идеи, обусловливающей сознаніе права, можетъ быть крайне разнообразно. Это можетъ быть идея равенства, свободы, порядка, гармоніи, полезности, божества и т. д. Но какова бы ни была эта идея, право все-таки сознается нами, какъ обусловленная какой-либо общей идеей возможность. Даже право сильнаго обусловлено той общей идеей, что слабый долженъ всегда уступать мѣсто сильному, что силѣ, а не слабости принадлежитъ господство надъ міромъ. Это основное значеніе права сохраняется и при переносномъ употребленіи этого слова. Такъ мы говоримъ, что и физическая сторона въ человѣкѣ имѣетъ свои права, исходя изъ общей идеи гармоническаго соотношенія духа и тѣла; такъ въ спорѣ мы нерѣдко говоримъ противнику, что такихъ то выводовъ онъ не имѣетъ права дѣлать, предполагая, что онъ признаетъ вмѣстѣ съ нами обязательность извѣстныхъ общихъ началъ логики или научнаго метода. Мы признаемъ такое примѣненіе слова «право» переноснымъ потому, что тутъ имѣется въ виду, хотя и обусловленная общей идеей возможность, но возможность извѣстныхъ выводовъ и т. п., но не *психическаго воздѣйствія* въ формѣ требованія. При такомъ, въ переносномъ смыслѣ слова неправѣ, страдаютъ законы логики, а не наши интересы.

Напротивъ, при неправѣ въ прямомъ, а не переносномъ смыслѣ, страдаютъ именно наши интересы—духовные и матеріальные. Мы естественно требуемъ отъ другого совершенія только того, что намъ желательно, что согласно съ нашими интересами. Когда наше требованіе, основанное на сознаваемомъ нами за собой правѣ, встрѣчаетъ противодѣйствіе, то это возмущаетъ насъ, возбуждаетъ къ мести, побуждая насъ, психическое воздѣйствіе, неудавшееся въ формѣ требованія признанія права, продолжить въ другихъ формахъ, напр., въ формѣ угрозъ или даже перейти къ физическому воздѣйствію.

Такимъ образомъ, наряду съ сознаніемъ права, какъ возможности, обусловленной какой-либо общей идеей, мы сознаемъ, что всякое препятствіе въ осуществленію нашего права возбуждаетъ къ противодѣйствію.

Но мы не можемъ ограничиться разсмотрѣніемъ права, какъ факта индивидуальнаго сознанія. Правовой принципъ только тогда можетъ выполнить свою функцію—служить основаніемъ взаимнаго психическаго воздѣйствія людей—когда признанъ, усвоенъ тѣми, къ кому мы обращаемся съ нашимъ правовымъ притязаніемъ. Иначе сознаваемое нами право останется только нашимъ субъективнымъ убѣжденіемъ, ничѣмъ непомогающимъ намъ въ нашихъ отношеніяхъ къ другимъ людямъ.

Тутъ, въ отношеніи къ праву, повторяется тоже, что мы замѣчаемъ и въ отношеніи къ языку. Для выраженія своихъ чувствъ и мыслей я могу придумывать и новыя слова, но передать посредствомъ ихъ свои мысли другому я могу лишь сдѣлавъ предварительно ему ихъ понятными. И подобно тому, какъ введеніе такихъ новыхъ, сочиненныхъ словъ, уже предполагаетъ существованіе языка, такъ точно и установленіе юридическихъ принциповъ велѣніемъ-ли законодателя или соглашеніемъ отдѣльныхъ лицъ, уже предполагаетъ необходимымъ образомъ существованіе извѣстныхъ общепризнанныхъ принциповъ права. Изданіе закона предполагаетъ существованіе лица или учрежденія, за которымъ признается право законодательства. Установленіе юридической нормы соглашеніемъ предполагаетъ уже признаніе обязательности договоровъ. Мало того, даже сознательная выработка субъективныхъ убѣжденій о правѣ, уже предполагаетъ въ прошломъ опытѣ субъекта знакомство съ правомъ, что не могло быть иначе, какъ въ формѣ ознакомленія съ существующими уже въ общественномъ сознаніи началами права. Такимъ образомъ, первоначально право должно было явиться безсознательнымъ продуктомъ совмѣстной жизни людей. Право возникло, когда у людей, составляющихъ общество, оказались нѣкоторыя общепризнанныя ими идеи, которыми обусловливались за ними извѣстныя права, и только съ этого момента начинается сознательная работа надъ развитіемъ этихъ идей. Продуктъ такой сознательной выработки юридическихъ принциповъ выражается и въ субъективныхъ убѣжденіяхъ, и въ неоформленномъ общественномъ мнѣніи, и въ законодательствѣ, и между этими формами, какъ мы старались показать, нѣтъ принципіальнаго различія.

И такъ, непосредственныя данныя нашего сознанія, проистекающія какъ изъ самонаблюденія, такъ и изъ наблюденія окружающей насъ общественной жизни, представляютъ намъ право, какъ взаимное психическое воздѣйствіе людей, основанное на сознаніи возможности обусловленной какой-либо признанной ими идеей.

Достоинство такого обозначенія предмета науки права, заключается единственно въ томъ, что имъ не предрѣшаются никакіе спорные вопросы науки и вмѣстѣ объемлется все то, что только мы сознаемъ, какъ право, все что такъ или иначе возбуждаетъ наше чувство права. Такое обозначеніе предмета оставляетъ открытыми всѣ вопросы о томъ, *почему* и *какъ* является индивидуальное и коллективное правосознаніе. Такимъ образомъ, предложенное обозначеніе предмета правовѣдѣнія не даетъ того, чего ждутъ обыкновенно отъ общаго опредѣленія права. И мы видимъ въ этомъ его достоинство потому, что отвѣтить на вопросъ о томъ, почему и какъ, значить уже объяснить фактъ. Между тѣмъ, обозначеніе круга явленій, подлежащихъ изученію, должно по необходимости предшествовать ихъ объясненію.

Но многіе, безъ сомнѣнія, сочтутъ такой характеръ сдѣланнаго нами обозначенія предмета правовѣдѣнія, признакомъ его неудовлетворительности. Юристы привыкли видѣть въ опредѣленіи основу всего научнаго знанія, такъ что на основаніи принятаго разъ опредѣленія, они привыкли разрѣшать всѣ частные вопросы науки. Поэтому они думаютъ, что научное изученіе права должно быть начинаемо не съ простаго лишь обозначенія круга подлежащихъ изученію явленій, но съ дѣйствительнаго опредѣленія права, которое бы раскрывало намъ его природу и этимъ предрѣшало бы всевозможные вопросы. Составить опредѣленіе права считаютъ необходимымъ, первымъ шагомъ, безъ котораго невозможно разработка и частныхъ вопросовъ науки. Высокое значеніе, какое обыкновенно придаютъ юристы опредѣленію права, объясняется частью методомъ практическаго изученія права, частью характеромъ устарѣлыхъ методовъ, царившихъ до послѣдняго времени въ научномъ изученіи права.

Юристъ, разработывающій догму дѣйствующаго права, находитъ для выполненія своей задачи вполнѣ опредѣленный и готовый матеріалъ. Изучая и анализируя частныя постановленія законодательства, онъ составляетъ, на основаніи ихъ, опредѣленія различныхъ юридическихъ институтовъ, напр. найма, собственности, и т. п. Эти опредѣленія, относясь къ болѣе или менѣе общимъ понятіямъ, стоятъ другъ къ другу въ отношеніи соподчиненія и такимъ образомъ могутъ быть сведены въ одну общую логическую систему, представляющую постепенное развѣтвленіе болѣе общихъ понятій на частныя, видовыя. Такъ, напр., понятіе обязательныхъ отношеній развѣтвляется на отношенія найма имущественаго и личнаго, и т. п. Выработка такой системы есть необходимое условіе возможности овладѣть всѣмъ матеріаломъ, представляемымъ законодательствомъ, такъ какъ онъ этимъ приводится въ порядокъ, обобщается и объединяется. Съ другой стороны, составленіе опредѣленія облегчаетъ примѣненіе закона къ частнымъ случаямъ. Разъ имѣется основанное на законѣ опредѣленіе, дѣло практическаго примѣненія права совершается путемъ простого подведенія даннаго частнаго случая подъ то или другое опредѣленіе и затѣмъ все то, что законодатель установилъ въ отношеніи института, къ которому относится данное опредѣленіе, приложимо и къ каждому подводимому подъ это опредѣленіе практическому случаю.

Все дѣло сводится при этомъ къ тому, чтобы составить такое опредѣленіе, которое бы вполнѣ, такъ сказать, покрывало законодательный матеріалъ, не содержа вмѣстѣ съ тѣмъ ничего лишняго. И такая задача представляется вполнѣ осуществимой. Юристъ-практикъ имѣетъ передъ собой весьма опредѣленный и точно ограниченный матеріалъ, замкнутый въ рамкахъ законодательныхъ постановленій. Опредѣленія, необходимыя для практическихъ цѣлей, должны включать въ себѣ только такія свойства опредѣляемыхъ отношеній, которыя придаются ему дѣй-

ствующимъ правомъ. Ничего другого юристъ не долженъ принимать при этомъ въ соображеніе. Опредѣленіе можетъ быть само по себѣ искусственнымъ, неполнымъ; но если оно воспроизводитъ всѣ постановленія законодательства, покрываетъ весь представляемый законодательствомъ матеріалъ, оно вполнѣ удовлетворяетъ своей догматической цѣли. Такимъ образомъ, для оцѣнки правильности такихъ догматическихъ опредѣленій, имѣется вполнѣ опредѣленное, объективно данное мѣрило, въ постановленіяхъ даннаго законодательства. Поэтому, вполнѣ возможно общее соглашеніе относительно такихъ опредѣленій, возможно установить всѣми признаваемое догматическое опредѣленіе. А разъ получившее общее признаніе опредѣленіе, получаетъ важное практическое значеніе, какъ объективное основаніе для разрѣшенія частныхъ вопросовъ практическаго примѣненія закона.

Этотъ пріемъ систематической обработки дѣйствующаго положительнаго права, совершенно необходимый при практическомъ изученіи права, нерѣдко переносятъ и въ теоретическую разработку права. Нерѣдко думаютъ, что и разработка теоріи права должна начинаться съ установленія общаго опредѣленія права, изъ котораго затѣмъ уже дедуцируютъ всѣ частныя положенія юридической теоріи. Вся теорія получаетъ при этомъ дедуктивное построеніе и по содержанію своему представляется лишь развитіемъ explicite того, что implicite уже содержится въ принятомъ опредѣленіи. Основаніемъ всего научнаго знанія является при этомъ опредѣленіе, а завершеніемъ — система, представляющая собою лишь совокупность развѣтвляющихся выводовъ изъ опредѣленія. При такомъ методѣ, построеніе науки несомнѣнно выигрываетъ въ стройности, въ цѣльности, законченности. Но это все преимущества, такъ сказать, эстетическаго характера, немогущія имѣть рѣшающаго значенія въ вопросѣ научнаго метода. Болѣе же серьезныя основанія говорятъ несомнѣннымъ образомъ противъ приложимости такого пріема къ теоретической разработкѣ права.

Во-первыхъ, теоретическое опредѣленіе не можетъ имѣть, подобно догматическому, опредѣленнаго, объективнаго мѣрила правильности. Выборъ того или другаго опредѣленія есть дѣло субъективнаго убѣжденія и, дѣйствительно, нѣтъ вопроса, по которому бы царили такія безконечныя разногласія, какъ по вопросу объ истинномъ опредѣленіи права.

Независимо отъ этого, матеріалъ, на которомъ основывается теоретическое изученіе права, не замыкается рамками одной опредѣленной національной системы права. Теоретическое изученіе имѣетъ своимъ объектомъ все право, гдѣ-либо и когда-либо существовавшее или существующее. Но такой матеріалъ, понятно, не можетъ никогда быть исчерпанъ вполнѣ. Наши историческія свѣдѣнія расширяются постоянно и безпредѣльно, такъ что кругозоръ историка постоянно объемлетъ новыя

и новыя формы юридической охраны. Въ силу этого постояннаго расширенія предлежащаго матеріала, конечно и теоретическое опредѣленіе права должно измѣниться. Невозможно установить такого опредѣленія, которое было бы годно при всякомъ объемѣ нашихъ свѣдѣній о правѣ. Опредѣленія будутъ по необходимости измѣняться, пока не прекратится самое развитіе науки.

Между тѣмъ, если опредѣленіе права кладется въ основаніе всей юридической теоріи, какъ основа всѣхъ ея частныхъ дедукцій, то понятно, что вся теорія, во всѣхъ ея частяхъ, ставится этимъ самымъ въ зависимость отъ опредѣленія. Каждое измѣненіе опредѣленія обусловливаетъ собою перестройку всей юридической теоріи. Стоитъ доказать неудовлетворительность опредѣленія права, и этимъ самымъ подрываются въ самомъ своемъ основаніи и всѣ частныя положенія науки. Такимъ образомъ, выработка юридической теоріи дѣлается какимъ-то сизифовымъ трудомъ, который приходится начинать все снова и снова, съ каждымъ вновь выставленнымъ опредѣленіемъ права.

Но что хуже всего, построеніе теоріи права путемъ дедукціи, изъ принятаго общаго опредѣленія права, дѣлаетъ необходимымъ въ наукѣ права господство системъ. Въ опредѣленіи невозможно, за недостаткомъ объективнаго мѣрила ихъ правильности, избѣжать субъективизма. Все же содержаніе науки опирается на такое, всегда нѣсколько субъективное, опредѣленіе. Принятіе каждаго положенія теоріи права обусловлено принятіемъ того или другого опредѣленія права. Поэтому всѣ положенія получаютъ назначеніе не объективныхъ, общепризнанныхъ научныхъ положеній, а лишь положеній той или другой системы, той или другой школы.

Въ виду такихъ затрудненій и неудобствъ, представляющихся при выработкѣ общаго опредѣленія права, долженствующаго служить основой построенія всей теоріи права, нельзя не поставить вопроса: насколько необходимо въ дѣйствительности такое опредѣленіе? Нельзя-ли въ теоретическомъ изученіи права обойтись и безъ такого опредѣленія?

Въ пользу утвердительнаго отвѣта говоритъ, прежде всего, то простое соображеніе, что другія науки, получившія весьма прочную постановку и далеко опередившія правовѣдѣніе, обходятся, однако, безъ общаго опредѣленія природы изучаемыхъ ими явленій. Такъ, напр., антропологія вовсе не основывается на опредѣленіи понятія человѣка или физіологія на опредѣленіи понятія жизни. Общепринятаго опредѣленія жизни нѣтъ и до сихъ поръ, однако это не мѣшаетъ физіологамъ изслѣдовать и объяснять, одинъ за другимъ, разнообразные жизненные процессы. Въ новѣйшихъ руководствахъ по физіологіи, въ которыхъ находитъ себѣ примѣненіе экспериментальный методъ, вы даже вовсе не встрѣтите попытокъ опредѣлить, что такое жизнь. Изложеніе начинается прямо съ объясненія отдѣльныхъ отправленій. Такимъ образомъ, совре-

менная физіологія не даетъ отвѣта на общій вопросъ, что такое жизнь, но это не мѣшаетъ ей совершать одно открытіе за другимъ. Мало того, даже въ наукахъ строго дедуктивныхъ, какъ наприм., въ геометріи или въ теоретической механикѣ, основой дедукцій служитъ вовсе не общее опредѣленіе природы изучаемаго предмета: геометръ не основываетъ своихъ дедукцій на опредѣленіи понятій пространства и величины, механикъ—на понятіи движенія. И въ этихъ наукахъ основаніемъ дедукціи служатъ не эти общія, а болѣе частныя понятія, напр. прямой линіи, трехъугольника, силы, момента, и т. п.

Этотъ примѣръ другихъ наукъ, значительно опередившихъ въ своемъ развитіи правовѣдѣніе, не можетъ не возбудить сомнѣнія: точно-ли необходимо въ основаніе всего научнаго изслѣдованія права непремѣнно класть общее опредѣленіе права. Почему бы и наука права не могла также обойтись безъ такого опредѣленія, избѣгая тѣмъ рядъ весьма существенныхъ затрудненій и экономизируя время и силы, затрачиваемыя теперь безплодно, на отысканіе надлежащей «дефиниціи» права?

Посмотримъ же для какихъ цѣлей служатъ въ правовѣдѣніи общія опредѣленія, что изъ нихъ извлекаютъ. Общее опредѣленіе права признается необходимымъ для выясненія того, что именно *должно* быть отнесено къ кругу отношеній, подлежащихъ принудительному нормированію государственною властью и что *должно* остаться внѣ ея воздѣйствія. Въ опредѣленіи права ищутъ также основанія для разрѣшенія вопроса о томъ, какъ *должны быть* разграничены области права и нравственности. Это наиболѣе общіе вопросы. Но и другіе, болѣе частные вопросы, рѣшеніе которыхъ выводится изъ опредѣленія права, всѣ представляютъ ту характеристическую черту, что все это вопросы не о томъ, что есть, а о томъ, что *должно* быть. Наука же имѣетъ своей задачей не опредѣленіе *должнаго*, а объясненіе существующаго, и всѣ такіе вопросы о должномъ, не могутъ получать своего разрѣшенія въ чистой, неприкладной наукѣ.

Разъ мы устранимъ изъ научнаго изслѣдованія всякій вопросъ о должномъ, и сосредоточимся исключительно на изученіи дѣйствительно сущаго, то мы вовсе не найдемъ вопросовъ, рѣшеніе которыхъ требовало бы предварительнаго опредѣленія права. Вопросы о томъ, какой кругъ отношеній дѣйствительно подпадаетъ нормировкѣ со стороны государственной власти, въ различныхъ странахъ, или каково дѣйствительное, исторически-сложившееся разграниченіе области права и морали, очевидно не могутъ быть разрѣшены путемъ однихъ дедукцій изъ выставленнаго кѣмъ-либо опредѣленія права. Для этого надо обратиться къ изученію историческаго матеріала. Поэтому всѣ дѣйствительно научные вопросы, всѣ вопросы о томъ, что есть, вовсе не нуждаются для своего разрѣшенія въ общемъ опредѣленіи права. Въ этомъ убѣждаютъ

насъ очевидные факты. Общепринятаго въ наукѣ опредѣленія права нѣтъ и до сихъ поръ, и все безконечное множество опредѣленій, выставляемыхъ различными юристами, представляется балластомъ, только затрудняющимъ изученіе юридической литературы. Если бы для разработки частныхъ вопросовъ науки права, необходимо было дожидаться установленія общаго опредѣленія понятія права, то богъ вѣсть сколько бы еще времени юридической наукѣ пришлось бы сидѣть сиднемъ, дожидаясь у моря погоды. Но на дѣлѣ мы видимъ другое: частные вопросы хотя медленно, но все же разрабатываются, устанавливаются частныя обобщенія, несмотря на то, что современные схоластики юриспруденціи, подобно своимъ предшественникамъ, все такъ же безплодно препираются о томъ, какова истинная «дефиниція» права. Такимъ образомъ, самымъ дѣломъ доказывается возможность начинать научную разработку права не съ опредѣленія права.

Если тѣмъ не менѣе необходимость общаго опредѣленія права, какъ основанія всей науки права, признается почти всѣми юристами, то это объясняется частью привычкой постоянно оперировать съ опредѣленіями, пріобрѣтаемою юристами въ практической разработкѣ догмы дѣйствующаго права, частью вліяніемъ старыхъ, уже отжившихъ свой вѣкъ философскихъ ученій, къ сожалѣнію еще во многомъ сохраняющихъ свое вліяніе въ правовѣдѣніи.

Еще отъ временъ схоластики сохранилось ошибочное ученіе, будто опредѣленія могутъ «обнаруживать природу вещей» и потому служатъ основными посылками всякой науки. Въ этомъ и коренится почти суевѣрное убѣжденіе въ необходимости основывать теорію права на общемъ его опредѣленіи, выводя всю систему науки права изъ такого опредѣленія. Но если опредѣленію не дать никакой метафизической подкладки, если они не могутъ быть признаны ничѣмъ инымъ, какъ установленіемъ смысла названій, то, конечно, уже нельзя утверждать ничего подобнаго. Условное значеніе словъ не можетъ служить основаніемъ системы научныхъ истинъ.

Правда, въ юридической литературѣ опредѣленіямъ придаютъ первенствующее, рѣшающее значеніе, не только старовѣры, но и представители новѣйшаго, реалистическаго направленія. Можно даже сказать, направленіе это пока только и выражается въ разработкѣ опредѣленія права. Изслѣдованіями по частнымъ вопросамъ новое направленіе крайне скудно, за то пишутся цѣлыя монографіи объ опредѣленіи права: явленіе почти безпримѣрное въ литературѣ того же направленія, по другимъ наукамъ.

Чѣмъ же это объяснить? Почему только въ наукѣ права, въ ней только одной, примѣненіе положительнаго метода обусловлено принятіемъ извѣстнаго опредѣленія?

Объясненіе этому надо искать въ чисто субъективныхъ причинахъ. Наука права, съ одной стороны, представляетъ существенныя особенности въ сравненіи съ естествознаніемъ, а съ другой стороны, она есть уже сложившаяся наука, имѣющая свои техническіе пріемы. Поэтому примѣненіе положительнаго метода, сложившагося и выработавшагося въ области естествознанія, къ правовѣдѣнію, представляетъ большія трудности. Нельзя просто подражать пріемамъ естественныхъ наукъ, надо видоизмѣнить, выработать новые, пригодные къ изслѣдованію права. Къ тому же вѣковая исторія правовѣдѣнія уже успѣла накопить весьма богатый матеріалъ, успѣла накопить цѣлую массу частныхъ вопросовъ, требующихъ изслѣдованія. Со всѣмъ этимъ приходится считаться и новаторамъ, все это приходится имъ принимать въ соображеніе. И вотъ, если не сознавая, то чувствуя непосильность такой работы, они ищутъ исхода въ опредѣленіи права. Стоитъ составить опредѣленіе, обнимающее только понятное намъ, только легко допускающее примѣненіе пріемовъ естествознанія къ явленіямъ юридической жизни—и дѣло въ шляпѣ. Положительная, «реалистическая» теорія права готова во всей полнотѣ. Съ этой точки зрѣнія, весьма просто объясняется, почему юристы положительнаго направленія съ такою любовью останавливаются на вопросѣ объ опредѣленіи права, почему, въ противоположность позитивистамъ всѣхъ другихъ спеціальностей, они придаютъ такое высокое значеніе опредѣленію и совершенно отказываютъ въ научномъ значеніи другимъ логическимъ пріемамъ, вообще позитивистами болѣе цѣнимымъ, нежели опредѣленіе, какъ напр. анализъ и конструкція.

Можетъ, однако, явится сомнѣніе: такое отрицаніе надобности въ общемъ опредѣленіи понятія права, не стоитъ ли въ противорѣчіи съ тѣмъ, что мы сами начали съ разрѣшенія вопроса о предметѣ правовѣдѣнія?

Противорѣчіе тутъ, какъ это нетрудно показать, только кажущееся. Признавая невозможнымъ начать построеніе науки права съ самаго широкаго обобщенія, долженствующаго найти себѣ выраженіе въ общемъ опредѣленіи права, мы этимъ вовсе не утверждаемъ того, чтобы не было необходимости начинать всякое научное изслѣдованіе съ строгаго отдѣленія данныхъ опыта отъ предполагаемаго ихъ объясненія, факта отъ сужденія. Къ научному изслѣдованію человѣка приводитъ сомнѣніе, а сомнѣніе предполагаетъ уже предварительное обдумываніе вопроса. Поэтому человѣкъ, приступающій къ научному изученію чего-либо, имѣетъ всегда въ запасѣ не только опредѣленное представленіе о фактѣ, подлежащемъ изученію, но и нѣкоторое объясненіе этого факта, подсказанное ему обыденнымъ опытомъ. Для надлежащей постановки научнаго изслѣдованія, необходимо строго отдѣлять самые факты отъ ихъ объясненія. Объясненіе, подсказанное обыденнымъ опытомъ, должно

быть подвергнуто систематической повѣркѣ научной критики. Факты, напротивъ, служатъ основой такой научной повѣркѣ. Надежность научныхъ выводовъ поэтому обусловливается, прежде всего, отдѣленіемъ фактовъ отъ ихъ объясненія. Этой цѣли и служитъ опредѣленіе или лучше обозначеніе предмета, данное нами. Оно не объясняетъ вовсе правовыхъ явленій, оно допускаетъ всевозможныя объясненія и потому, конечно, никакъ не можетъ служить основой, для дедуцированія научной теоріи, въ немъ нѣтъ необходимыхъ для этого элементовъ.

II.

Юристу-практику представляется вполнѣ яснымъ и опредѣленнымъ, зачѣмъ изучаетъ онъ право? Сама практическая жизнь указываетъ ему его задачу. Право существуетъ для того, чтобы быть примѣняемымъ къ людскимъ отношеніямъ, чтобы регулировать возникающіе въ общественной жизни столкновенія борющихся интересовъ. Но такое примѣненіе правовыхъ нормъ къ частнымъ случаямъ, не можетъ, какъ показываетъ повседневный опытъ, обойтись безъ сомнѣній и спора о томъ, что должно быть признано въ каждомъ данномъ случаѣ правомъ, на основаніи дѣйствующаго въ данномъ мѣстѣ законодательства. Если случай оказывается сколько-нибудь сложнымъ, разрѣшеніе этого вопроса требуетъ соображенія всей системы законодательства или по крайней мѣрѣ довольно обширной его отрасли. Поэтому, въ большинствѣ случаевъ, разрѣшеніе частнаго юридическаго казуса не можетъ быть совершено посредствомъ простой справки съ приличнымъ данному случаю закономъ. Найти такой законъ, а тѣмъ болѣе понять его, нельзя безъ общаго знакомства съ системой законодательства. Законы не суть изолированныя другъ отъ друга постановленія, ничѣмъ не связанныя другъ съ другомъ, никакъ невліяющія другъ на друга. Напротивъ, дѣйствуя въ одной и той-же общественной средѣ, они, по необходимости, соединяются въ одну, связанную систему нормъ, другъ друга опредѣляющихъ, ограничивающихъ, пополняющихъ. Практическое изученіе права, непрестанно встрѣчаясь съ фактомъ взаимной зависимости, взаимной обусловленности законодательныхъ постановленій, не можетъ ограничиться отрывочнымъ, разрозненнымъ изученіемъ. Оно ощущаетъ потребность объединенія, систематизированія и въ силу того, развивается въ науку положительнаго права.

Наука положительнаго права есть безъ сомнѣнія наука прикладная, развивающаяся въ силу потребностей практическаго изученія права и имѣющая своей задачей систематическую разработку дѣйствующаго въ данномъ обществѣ права. Но всякая практика предполагаетъ уже теорію, всякая прикладная наука—соотвѣтствующую ей чистую науку. Прикладная наука потому и есть *прикладная*, что учитъ насъ прилагать къ

разрѣшенію частныхъ практическихъ вопросовъ выводы науки чистой. Практика ставитъ намъ вопросы, теорія даетъ общія начала, какъ основу ихъ разрѣшенія. Такъ и юристъ въ своей практической дѣятельности не можетъ обойтись безъ руководящихъ указаній теоріи. Безъ нихъ онъ совершенно запутается въ массѣ постоянно мѣняющихся постановленій законодательства. Ему не разобраться въ этомъ хаосѣ, если на помощь ему не придутъ выработанныя теоріею категоріи и общая классификація юридическихъ институтовъ. Безъ обобщающей теоріи не только юристамъ каждаго отдѣльнаго государства, но даже каждому отдѣльному поколѣнію юристовъ данной страны пришлось-бы начинать трудъ изученія права, такъ какъ законы, нерѣдко, мѣняются быстрѣе смѣны людскихъ поколѣній. Только существованіе теоретическаго изученія, на ряду съ практическимъ, создаетъ для правовѣдѣнія возможность непрерывнаго преемственнаго развитія.

Впрочемъ, необходимость существованія на ряду съ практическимъ изученіемъ права и чистой науки права признается почти всѣми. Другое дѣло опредѣленіе задачи теоретическаго изученія права. Тутъ мнѣнія расходятся весьма значительно и разногласіе касается не только подробностей, но и самаго существа вопроса. Нерѣдко задача научнаго изученія права формулируется такъ, что нарушается совершенно соотвѣтствіе между теоретическимъ и практическимъ изученіемъ права, между чистой и прикладной наукой права.

Задачи чистой и прикладной науки по необходимости различны. Каждая изъ нихъ ставитъ себѣ свою особую цѣль: въ этомъ и заключается существо ихъ различія. Но для того, чтобы чистая наука соотвѣтствовала прикладной и наоборотъ, необходимо, чтобы обѣ онѣ касались одного и того же предмета. Въ особенности ихъ задачъ—ихъ различіе, въ единствѣ ихъ предмета—ихъ соотвѣтствіе. Науки, имѣющія различные предметы, не могутъ относиться одна къ другой, какъ соотвѣтствующія чистая и прикладная науки. Нельзя, напримѣръ, исторію архитектуры счесть чистой наукой, соотвѣтствующей архитектурному искусству, какъ прикладному знанію; нельзя, потому что строительное искусство прилагаетъ не законы историческаго развитія архитектуры, а законы механики.

Вотъ противъ этого требованія соотвѣтствія чистой и прикладной науки нерѣдко грѣшатъ при опредѣленіи задачи научнаго изученія права и притомъ представители самыхъ разнообразныхъ направленій.

Многіе склонны сводить задачу теоріи права къ опредѣленію того, какимъ *долженъ* быть юридическій порядокъ. Такъ смотрятъ на дѣло прежде всего идеалисты. Вѣря въ существованіе абсолютнаго права, они ставятъ задачей науки права отысканіе этого абсолютнаго права. Это своего рода алмимики—алхимики права. Они ищутъ философскій

камень, которымъ бы можно было превращать желѣзный вѣкъ въ золотой. Ихъ цѣль не объясненіе существующаго общественнаго порядка, а замѣна его другимъ, лучшимъ, совершеннѣйшимъ. Зачѣмъ станутъ они трудится надъ выясненіемъ частныхъ историческихъ формъ права, когда все историческое право напередъ осуждено ими, какъ сплошная ошибка, какъ сплошное искаженіе вѣчной идеи права? Если изученіе историческихъ формъ права можетъ представлять для нихъ какой интересъ, то развѣ какъ вспомогательное средство для познанія абсолютнаго права, какъ исторія заблужденій человѣческаго правосознанія, могущая предостеречь отъ повторенія такихъ ошибокъ. Но въ самомъ изученіи этого измѣнчиваго, относительнаго права, въ его объясненіи они никоимъ образомъ не могутъ видѣть цѣли.

Такимъ образомъ идеалисты совершенно лишаютъ теорію права характера объективнаго, научнаго изученія. Теорія права, по ихъ воззрѣнію, не ищетъ, какъ всякая другая наука, познанія и объясненія существующаго, того, что есть, а указываетъ на то, что должно бы быть [1]). И этимъ, конечно, совершенно нарушаютъ всякое соотвѣтствіе между прикладной юриспруденціей и чистой наукой права. Практическое правовѣдѣніе знаетъ только дѣйствительно существующее право, и ждетъ отъ теоріи выводовъ, относящихся къ тому же дѣйствительному, историческому праву. А взамѣнъ того идеалисты предлагаютъ изслѣдованія о такомъ правѣ, котораго нѣтъ и никогда не было, и которое отличается отъ дѣйствующаго права, какъ день и ночь. Практическое правовѣдѣніе ждетъ общихъ научныхъ выводовъ, которыми бы оно могло руководствоватося при толкованіи и систематической обработкѣ дѣйствующаго права, а идеалистическая теорія даетъ лишь предположенія о томъ, чѣмъ и какъ замѣнить это дѣйствующее право.

Къ такому же нарушенію соотвѣтствія теоретическаго правовѣдѣнія прикладному приходятъ и представители крайняго положительнаго направленія, хотя и совершенно инымъ путемъ [2]). Они признаютъ, что задачей науки вообще можетъ быть только изученіе и объясненіе дѣйствительно существующаго, а не выработка идеала. Признавая, совершенно правильно, мѣняющіеся принципы права не законами общественной жизни въ научномъ смыслѣ, а лишь явленіями, законы которыхъ должны быть открыты наукой, они не признаютъ задачей науки права выработку такихъ принциповъ. Задача соціальныхъ наукъ, говорятъ они, вообще состоитъ въ изученіи законовъ, по которымъ происходятъ явленія об-

---

[1]) Выразителемъ этого воззрѣнія въ нашей новѣйшей литературѣ является *Хлѣбниковъ*, «Право и государство въ ихъ обоюдныхъ отношеніяхъ». Варшава, 1874 года.

[2]) Смотри въ особенности *Муромцева*. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. Москва 187[illegible], стр. 4 слѣд.

щественной жизни. Въ частности правовѣдѣнію надлежитъ изучить законы развитія той области соціальныхъ явленій, которая извѣстна подъ именемъ права. При отсутствіи одного идеальнаго правоваго состоянія и при постоянной смѣнѣ формъ общественной и юридической жизни наука должна открыть законы, по которымъ происходитъ означенная смѣна [1]). Отсюда, конечно, необходимымъ выводомъ представляется отожествленіе научнаго изученія права съ изученіемъ историческимъ, такъ что практическому правовѣдѣнію мы можемъ, съ этой точки зрѣнія, противуполагать, какъ чистую науку, только исторію права.

Надо отдать справедливость этому опредѣленію задачи науки права. Оно исходитъ изъ совершенно правильнаго пониманія задачи науки вообще, какъ опредѣленія того, что *есть*, а не того, что представляется намъ лишь желательнымъ. Тѣмъ не менѣе и эта формулировка задачи теоретическаго правовѣдѣнія грѣшитъ, подобно только что разсмотрѣнной нами, нарушеніемъ соотвѣтствія между чистымъ знаніемъ и прикладнымъ. Практическое правовѣдѣніе имѣетъ дѣло съ существующими правовыми нормами и притомъ лишь до тѣхъ поръ, пока они не замѣнены другими; исторія права напротивъ изучаетъ самую смѣну однихъ юридическихъ нормъ другими. Исторія выясняетъ законы развитія права, но не способна дать такихъ выводовъ, которые бы могли быть прилагаемы юристомъ практикомъ къ разрѣшенію предлежащей ему задачи: примѣненія даннаго дѣйствующаго права къ частнымъ случаямъ; ибо исторія права ничего не говоритъ о правѣ въ его недвижномъ состояніи, какимъ именно оно предполагается при практическомъ примѣненіи.

Практическое правовѣдѣніе никоимъ образомъ не можетъ быть приложеніемъ выводовъ исторіи права. Но оно само составляетъ часть того матеріала, который изучаетъ юристъ-историкъ, такъ какъ историческое изученіе права не можетъ, конечно, игнорировать практическаго примѣненія законовъ. Поэтому исторія права приблизительно такъ относится къ практическому правовѣдѣнію, какъ исторія какого-либо искусства къ строительному искусству, но отнюдь не какъ чистая наука къ прикладной, напр., механика къ инженерному искусству.

Однако, такое разъединеніе практическаго и научнаго изученія права не есть вовсе необходимое слѣдствіе того воззрѣнія на задачу науки, отъ котораго отправляются въ своихъ разсужденіяхъ представители положительнаго направленія. Если принципы права суть измѣнчивыя явленія правовой жизни, если наука права должна искать не абсолютныхъ принциповъ права, а объясненія правовыхъ явленій, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы она должна была ограничиться объясненіемъ только развитія права. Законы развитія опредѣленной группы явленій нельзя считать

[1]) Муромцевъ, 14.

единственными законами этой группы явленій. На ряду съ законами движенія явленій, наука должна выяснить и законы ихъ недвижнаго существованія, на ряду съ динамическими законами и законы статическіе. Эмбріологіей не исчерпывается все ученіе о жизненныхъ ивленіяхъ и эмбріологіей нельзя замѣнить физіологію, какъ нельзя замѣнить геогнозіей геологію, исторіей народнаго хозяйства политическую экономію и т. п. Нѣтъ основанія, почему бы то же самое не примѣнялось и къ изученію права, почему бы здѣсь изученіе и объясненіе правовыхъ явленій должно было сводиться исключительно къ изученію *развитія* ихъ?

Если бы люди сознававшіе безплодность изысканій алхимиковъ, стали бы поэтому требовать, чтобы алхимія замѣнилась бы исторіей земной коры, развѣ могла бы тогда сложиться научная химія? Нѣтъ, не только мы не имѣли бы тогда химіи, но не имѣли бы и геогнозіи, предполагающей уже установленіе химіи. Заслуга творцевъ химіи заключается въ томъ, что они не ограничились поверхностнымъ, огульнымъ отрицаніемъ алхиміи, но съумѣли глубже проникнуть въ дѣло, отдѣлить въ работахъ алхимиковъ истинное зерно отъ уродливыхъ наростовъ, для поверхностнаго ума совсѣмъ его покрывавшихъ.

Все это, конечно, въ одинаковой степени примѣнимо и къ наукѣ права. И тутъ объясненіе явленій не можетъ ограничиваться исключительно объясненіемъ ихъ историческаго развитія. Признавая, что принципы права въ смыслѣ идей обусловливающихъ въ насъ сознаніе правовой возможности, не имѣютъ въ себѣ ничего абсолютнаго, что они относительны и потому измѣнчивы, мы этимъ еще нисколько не вынуждаемся признать единственной задачей теоретическаго изученія права изученіе исторической смѣны этихъ принциповъ. Какъ бы ни были измѣнчивы эти принципы, сознаніе права, однако, все-таки останется сознаніемъ возможности воздѣйствія, обусловленной той или другой общей идеей. Для объясненія правовыхъ явленій поэтому одинаково необходимо, какъ изслѣдовать измѣняющееся исторически содержаніе принциповъ права, такъ и опредѣлить общія свойства и элементы такого сознанія обусловленной возможности, его психологическую основу и его соціальное значеніе.

Но если мы примемъ и какое-либо другое воззрѣніе на предметъ науки права, мы все-таки придемъ неизбѣжно къ признанію необходимости выяснять не одну только смѣну правовыхъ явленій, но и самыя свойства этихъ явленій независимо отъ ихъ смѣны. Это необходимо для самаго историческаго изученія: какимъ образомъ выдѣлить изъ общей исторіи человѣчества исторію права, не выяснивъ характерныхъ особенностей правовыхъ явленій? Къ этому приходятъ волей-неволей и самые рѣшительные приверженцы исключительно *историко*-научнаго

изученія права. Такъ проф. Муромцевъ свое новѣйшее изслѣдованіе [1]) посвятилъ ни чему иному, какъ именно выясненію свойствъ правовыхъ явленій, совершенно оставляя въ сторонѣ изслѣдованіе порядка смѣны правовыхъ принциповъ.

Гораздо ближе къ истинѣ опредѣленія задачи научнаго правовѣдѣнія, данное въ самое послѣднее время приватъ-доцентомъ грацскаго университета, Пферше [2]). Онъ видитъ задачу науки права въ выясненіи дѣйствія права, при чемъ имѣетъ въ виду такъ сказать общее дѣйствіе права, напримѣръ дѣйствіе гражданскаго права на общій складъ экономической жизни. Опредѣленіе же частнаго дѣйствія права, выражающагося въ установленіи отдѣльныхъ субъективныхъ правъ, онъ считаетъ не научной, а практической задачей и главный недостатокъ современнаго состоянія науки права видитъ именно въ томъ, что главное вниманіе обращается теперь на этотъ совершенно второстепенный, по его мнѣнію, моментъ дѣйствія права.

Отрицаніе научнаго значенія опредѣленій субъективныхъ правъ есть очевидно опять-таки результатъ совершенно превратнаго пониманія требуемаго для научности изслѣдованія объективизма. Объективизмъ есть дѣйствительно необходимое условіе научности. Но объективизмъ этотъ долженъ заключаться только въ объективномъ отношеніи къ изслѣдуемому предмету, а не въ томъ вовсе, чтобы самъ изслѣдуемый предметъ не имѣлъ субъективнаго характера. И совершенно субъективныя явленія могутъ быть предметомъ строго объективнаго изслѣдованія. Поэтому-то обстоятельство, что субъективныя права имѣютъ, положимъ, и менѣе объективный характеръ, нежели общее дѣйствіе права, нисколько не можетъ служить основаніемъ къ непризнанію научнаго характера за изученіемъ субъективныхъ правъ. Между тѣмъ выясненіе общаго дѣйствія права уже предполагаетъ анализъ обусловливаемыхъ правомъ юридическихъ отношеній. Невозможно, напримѣръ, выяснить вліяніе тѣхъ или другихъ законодательныхъ постановленій на развитіе кредита, не выяснивъ предварительно того, какія создаются ими отношенія между кредиторомъ и должникомъ.

Конечно, дѣйствіе законодательныхъ постановленій не исчерпывается установляемыми ими субъективными правами. Новый законъ можетъ повліять на положеніе и тѣхъ, кому не предоставляется никакихъ правъ, на кого онъ не возлагаетъ никакихъ обязанностей. Возможно и менѣе интензивное дѣйствіе юридической нормы, не принимающее формы установленія юридическихъ отношеній и въ общей суммѣ это дѣйствіе можетъ имѣть большое общественное значеніе. Но установленіе субъективныхъ

---

[1]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права 1879.

[2]) Methodik der Privatrechts-Wissenschaft. Graz.

правъ все-таки есть основная и наиболѣе опредѣленная форма дѣйствія права. Для полноты же изслѣдованія возможно расширить предѣлы юридическаго анализа, распространить его, на эту косвенную, второстепенную форму дѣйствія права, и въ выставленномъ Іерингомъ ученіи о рефлективномъ дѣйствіи права можно, какъ мнѣ кажется, найти весьма подходящій для этого путь.

Если не увлекаясь ложно направленнымъ стремленіемъ къ объективизму, мы опредѣлимъ задачу научнаго правовѣдѣнія, какъ выясненіе дѣйствія права вообще, не исключая при этомъ изученія субъективныхъ правъ, а, напротивъ, придавая имъ первенствующее значеніе, какъ основной формѣ дѣйствія права, то этимъ мы достигнемъ полнаго соотвѣтствія чистой науки и науки прикладной. Практическое правовѣдѣніе имѣетъ своей задачей изученіе дѣйствія той или другой національной системы права, теоретическое—дѣйствія правъ вообще. И то, и другое главнымъ образомъ сосредочиваетъ свое изученіе на анализѣ субъективныхъ правъ, не игнорируя, однако, и общаго вліянія права на ходъ явленій общественной жизни. Правда, у цивилистовъ замѣтна склонность къ исключенію изъ круга своихъ изслѣдованій всякого соціальнаго, или, какъ прежде говорили, политическаго элемента. Но у публицистовъ, наоборотъ, мы замѣчаемъ преобладаніе политики надъ догмой. И то, и другое есть конечно односторонность, обусловленная ходомъ, историческаго развитія той и другой отрасли права: преобладающимъ вліяніемъ римскаго права и судебной практики въ одной изъ нихъ и, наоборотъ, преобладаніемъ философскихъ системъ вмѣстѣ съ полнымъ почти отсутствіемъ судебной практики въ другой. Но теперь замѣтно стремленіе сгладить эти односторонности. Особенно заслуживаетъ вниманія въ этомъ отношеніи весьма опредѣленно сказавшееся въ послѣднее время стремленіе сблизить пріемы цивилистическихъ и криминалистическихъ изслѣдованій. Извѣстно, что нѣкоторые цивилисты прямо указываютъ на методы разработки уголовнаго права, какъ на образецъ, заслуживающій безусловнаго подражанія.

III.

Въ послѣднее время, какъ естественная реакція противъ долгаго крайняго увлеченія философскими, основанными на дедукціи изъ природы человѣка и общества, построеніями, въ юридической теоріи стало замѣтно стремленіе совершенно устранить изъ науки права всякій философскій элементъ, сосредоточивъ все изслѣдованіе исключительно на изученіи эмпирическаго матеріала. Но такое изслѣдованіе, въ лучшемъ случаѣ, можетъ дать намъ только эмпирически подмѣченное однообразіе явленій, установленіе только эмпирическихъ законовъ. Для того, чтобы объяснить это однообразіе, для того, чтобы эмпирическій законъ сталъ научнымъ

закономъ въ настоящемъ смыслѣ слова, нельзя обойтись безъ философскаго изслѣдованія. Нельзя не искать объясненія подмѣченнаго эмпирически однообразія въ свойствахъ природы человѣка и человѣческаго общества. Но изученіе природы человѣка и общества можетъ служить не только для объясненія уже полученныхъ эмпирически обобщеній. Оно и наоборотъ можетъ быть основой прямыхъ дедуктивныхъ заключеній.

Такъ какъ право есть явленіе и психическое, и вмѣстѣ соціальное, то условія его образованія и существованія не могутъ въ извѣстной степени не совпадать съ общими условіями психическихъ и соціальныхъ явленій. Поэтому выводы психологіи и соціологіи могутъ служить основой для выведенія изъ нихъ извѣстныхъ положеній теоріи права. Но, конечно, такіе выводы нуждаются всегда въ повѣркѣ данными, почерпаемыми нами изъ изученія дѣйствительно существующаго юридическаго строя. Такая повѣрка дедуктивныхъ заключеній въ теоріи права тѣмъ болѣе необходима, что въ силу комбинаціи психическихъ и соціальныхъ условій правовыя явленія представляются въ высшей степени сложными и потому дедуктивное изслѣдованіе можетъ быть примѣняемо въ этой области лишь съ крайнею осторожностью.

Съ другой стороны и психологія, и соціологія даютъ намъ пока лишь весьма ограниченное число прочно установленныхъ выводовъ. При такомъ положеніи дѣла примѣненіе дедуктивнаго метода въ теоретическомъ изученіи права естественно ограничивается весьма узкими рамками. На каждомъ шагу онъ требуетъ повѣрки и дополненія путемъ индуктивнаго изслѣдованія.

Но, во всякомъ случаѣ, нельзя противополагать наукѣ положительнаго права философію права. Самое раздѣленіе науки права на положительное правовѣдѣніе и на философію права ведетъ свое начало отъ того времени, когда подъ вліяніемъ философской системы Вольфа и свойственнаго ей примирительнаго направленія установлены были двѣ параллельныя системы наукъ раціональныхъ и эмпирическихъ. Какъ извѣстно, Бэконъ противопоставилъ силлогистическому методу—методъ индуктивный. Англійскіе мыслители Ньютонъ и Локкъ слѣдовали Бэкону. Но Лейбницъ явился защитникомъ силлогистическаго, дедуктивнаго метода Декарта. Для обоихъ направленій, однако, философія была синонимомъ науки. Вольфъ, послѣдователь Лейбница, допустилъ, однако, компромиссъ. Принявъ въ наукѣ и силлогизмъ, и индукцію, онъ не съумѣлъ сдѣлать этого лучше, какъ узаконивъ существованіе двухъ параллельныхъ наукъ объ одномъ и томъ предметѣ. «Вольфъ подарилъ, говоритъ пр. Троицкій [1]), титулъ науки и системѣ знаній per sillogismum, и системѣ знаній per inductionem; но эпитетъ той и другой науки отли-

[1]) Нѣмецкая психологія въ текущемъ столѣтіи. Москва, 1897, стр. 119.

чаютъ въ немъ пристрастіе схоластика и картезіанца. Наука per inductionem названа была *эмпирической*; наука per sillogismum—*раціональною*. Чтобы понять, къ какой наукѣ должны были наклоняться симпатіи нѣмецкихъ ученыхъ, надобно припомнить, что до этого времени эмпириками назывались обыкновенно такіе врачи, которыхъ искусство основано было на однихъ практическихъ замѣчаніяхъ надъ дѣйствіями лекарствъ, иначе сказать, которые не были подготовлены къ своей практикѣ знаніемъ анатоміи, физіологіи и патологіи человѣческаго тѣла. Вольфъ употребилъ слово эмпирическій, какъ синонимъ индуктивнаго, но ассоціація невыгодныхъ понятій съ первымъ терминомъ должна была производить свое дѣйствіе на научныя симпатіи, бросая невыгодный свѣтъ на индуктивную науку. Напротивъ, наука раціональная, или per sillogismum, удержала за собой подаренный ей еще схоластикою княжескій титулъ философіи. То, что наука per sillogismum, или раціональная и философія осталась у Вольфа синонимами, какъ и въ самые темные вѣка схоластическаго варварства—это Вольфово разграниченіе между философіею и нефилософіею надобно всегда имѣть въ виду, чтобы не потеряться въ лабиринтѣ нѣмецкой терминологіи. Философія занимается у нихъ всѣми предметами знанія,—и веществомъ, и духомъ, но занимается по методамъ схоластики, предоставляя не-философіи обработывать тѣ же предметы по методу Бекона». Это раздѣленіе было перенесено и въ науку права, и сохраняется въ нѣмецкой литературѣ до сихъ поръ.

Такъ Краузе, основатель такъ-называемой органической школы правовѣдѣнія, ученія которой пользовались въ послѣднее время въ Германіи и Италіи особенной популярностью, опредѣляетъ философію права, какъ познаніе права и государства въ чистомъ разумѣ. Поэтому она не исчерпываетъ всей науки права, которая объмлетъ всякаго рода познаніе о правѣ, слѣдовательно и историческое познаніе права, или исторію права, которая есть познаніе о томъ, что люди признаютъ правомъ на этой землѣ (auf dieser Erde) и чему они дали силу, какъ праву, въ гражданской жизни и гражданскомъ законодательствѣ.—Напротивъ, философія права познаетъ, что само въ себѣ есть правое сообразно съ разумной природой людей, народовъ, человѣчества, независимо отъ всякой исторіи, отъ всякаго историческаго законодательства и государства; слѣдовательно, философія ищетъ познать, что есть вѣчное правое, и слѣдовательно будетъ правымъ вездѣ, во всей вселенной, для всѣхъ разумныхъ существъ, для всякаго духа. Предметъ философіи есть такимъ образомъ чистое понятіе права, или идея, которую она должна воплотить въ наглядный образъ—идеалъ права и государства [1]). Въ подобномъ-же родѣ опредѣляетъ философію права одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ публицис-

[1]) Krause, Das System der Rechtsphilosophie. Leipzig. 1874, ss. 3—5.

товъ Австріи—Лоренцъ Штейнъ. Философія права, по его словамъ, есть систематичное познаніе основывающагося на вѣчно неизмѣнной органической сущности личности вѣчно неизмѣннаго (ewig gleichen) права въ себѣ, чистаго правопонятія [1]).

Эти опредѣленія философіи права, какъ особой науки, всецѣло покоятся на такихъ предпосылкахъ, которыя рѣшительно отвергаются наукой. Они предполагаютъ существованіе вѣчнаго права; мало того, они предполагаютъ возможность познавать не только явленія, но и сущности, именно сущность человѣческой природы, и изъ такого познанія думаютъ вывесть вѣчную идею права въ себѣ. Но современная наука, вѣрная положительному методу, не задается познаніемъ безотносительнаго, абсолютнаго, познаніемъ самыхъ сущностей. Оставляя въ сторонѣ такія мечтательныя цѣли, она ограничивается болѣе скромной, но вмѣстѣ и болѣе положительной задачей изученія явленій и подмѣчаемыхъ въ нихъ однообразій.

Только такое познаніе возможно для человѣка. Возможность сверхчувственнаго, метафизическаго знанія сущностей есть совершенно бездоказательное и весьма сомнительное предположеніе. Старыя попытки обоснованія возможности метафизическаго познанія признаются несостоятельными самими современными метафизиками. Метафизическія системы, явившіяся послѣ Канта, признаютъ необходимымъ условіемъ возможности метафизическаго познанія тожество мышленія и бытія, но ни чѣмъ не доказываютъ дѣйствительнаго существованія этого условія. «Поэтому, говоритъ Эдуардъ Гартманъ, самъ ярый метафизикъ и потому особенно компетентный судья въ этомъ вопросѣ, все это философствованіе покоилось на условіи, висящемъ совершенно въ воздухѣ, все это философствованіе вытекало изъ недоказаннаго предположенія» [2]). О себѣ самомъ, впрочемъ, Гартманъ утверждаетъ, что ему удалось разрѣшить эту основную проблему всякой метафизики, удалось доказать возможность познанія сверхчувственнаго. Онъ хвалится, что доказалъ индуктивно на основаніи опыта, тождество мышленія и бытія, или по крайней чрезвычайно большую вѣроятность этого тождества [3]). Мы не можемъ входить здѣсь въ подробную оцѣнку этого «индуктивнаго» доказательства тожества мышленія и бытія. Да едва-ли и заслуживаетъ этого аргументація, ставящая себѣ цѣлью доказать возможность познанія сверхчувственнаго методами эмпирическаго знанія, всецѣло основывающаго на данныхъ чувственнаго. Нелѣпа самая мысль о возможности познать посредствомъ опыта т.-е. посредствомъ чувствъ—сверхчувственное.

---

[1]) Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft Deutschlands. 1876, s. 112.

[2]) Philosophie des Unbewüssten, 8 Aufl. II, s. 464.

[3]) Тамъ-же, s. 464—466.

Въ настоящее время, если философія отстаивается, какъ самостоятельная наука, то уже не въ смыслѣ сверхчувственнаго познанія сущностей, а лишь въ смыслѣ болѣе обобщеннаго знанія, но источникъ и методъ ея тотъ-же, что и другихъ наукъ. Такъ понимаетъ философію Огюстъ Контъ: для него философія есть общая система человѣческихъ знаній [1]). Основатель эволюціонизма Гербертъ Спенсеръ повторяетъ то-же опредѣленіе философіи: необъединенное знаніе есть знаніе не научное, объединенное отчасти—наука; объединенное вполнѣ—философія [2]). Льюисъ отстаиваетъ правда возможность метафизики, но подъ нею онъ не разумѣетъ сверхчувственнаго познанія и потому противуполагаетъ ее метэмпирикѣ, какъ *эмпирическую метафизику*. Для него метафизика, пользующаяся тѣмъ-же самымъ положительнымъ методомъ, какъ и всѣ другія науки, есть лишь «наука наиболѣе общихъ началъ» и занимаетъ относительно «науки» положеніе нѣсколько аналогичное отношенію алгебры къ ариѳметикѣ. Предметъ ариѳметики—количества; алгебра-же имѣетъ дѣло не съ количествами, а съ ихъ отношеніями. Такъ и предметъ науки—законъ чувственныхъ явленій, предметъ-же метафизики—не эти законы, но законы законовъ, исчисленіе ихъ дѣйствій [3]).

Къ этому сводится и опредѣленіе проф. кіевскаго университета Козлова: «предметъ философіи, говоритъ онъ, есть міръ, какъ цѣлое изъ всѣхъ извѣстныхъ вещей, явленій, событій и слѣдовательно въ ней мы должны искать положеній или сужденій, которыя-бы имѣли въ виду все, что входитъ въ человѣческое сознаніе, какъ сущее какимъ-либо опредѣленнымъ способомъ [4]). Но этотъ міръ, служащій предметомъ философіи, не есть «готовое цѣлое» въ себѣ (an sich), какъ гдѣ-то и когда-то *законченный синтезъ* безконечнаго ряда міровыхъ состояній, однимъ словомъ: какъ абсолютно-замкнутое существо. Не это фантастическое представленіе составляло и будетъ составлять предметъ философіи: оно только, въ силу разныхъ историческихъ обстоятельствъ, было подставлено подъ истинное понятіе міра, какъ *цѣлаго*, состоящаго изъ *вещей*, *явленій*, *событій*, не синтезированныхъ гдѣ-то помимо нашего сознанія, но ждущихъ своего синтеза въ немъ, т.-е. въ области, гдѣ эти вещи, явленія, событія *суть* какъ такія, и гдѣ въ понятіи бытія готова *всеобъемлющая форма*, могущая вмѣстить ихъ въ какомъ-бы то ни было дѣйствительно данномъ количествѣ. Но эта форма вовсе не гарантируетъ намъ дѣйствительнаго синтеза вещей, а указываетъ только возможность его. Такъ что «подлин-

---

[1]) Cours de philosophie positive, I, p. 5: Le système général des conceptions humaines.

[2]) Основныя начала, стр. 144.

[3]) *Льюисъ.* Вопросы о жизни и духѣ, I, 1875, стр. 67, 68.

[4]) Философскіе этюды, I, 1876, стр. 67.

ной задачей» философіи всегда было не «познать міръ, какъ заготовь-законченное цѣлое, а лишь построить понятіе міра» [1]).

Если признать, согласно съ этимъ, что задача философіи заключается лишь въ высшемъ обобщеніи научнаго знанія, то философія права сольется въ одно съ наукой положительнаго права, занимая среди ея отдѣльныхъ отраслей мѣсто общаго ученія о правѣ.

Такой взглядъ находитъ уже себѣ между юристами сторонниковъ даже въ Германіи, и это выражается въ стремленіи отождествить философію права съ энциклопедіей, какъ общимъ ученіемъ о правѣ. Уже Фридлендеръ, отстаивая важное значеніе энциклопедіи, утверждалъ вмѣстѣ съ тѣмъ невозможность существованія еще и философіи права, какъ особой науси [2]). Но опредѣленнымъ образомъ необходимость слитія, отождествленія философіи и энциклопедіи было признано впервые въ русской литературѣ, именно проф. Карасевичемъ [3]). Въ современной германской литературѣ представителемъ этого взгляда является Меркель. Онъ полагаетъ, что должно вовсе и безусловно отвергнуть философію права, какъ науку, черпающую свой матеріалъ изъ какого-то особаго источника, помимо изученія дѣйствительно существующаго права. Философія права, по его мнѣнію, можетъ быть признана только въ смыслѣ общаго ученія о правѣ, занимающаго въ общей системѣ науки права такое-же мѣсто, какое въ каждой спеціальной наукѣ занимаетъ ея общая часть. Но всетаки это воззрѣніе далеко еще не получило общаго признанія. Напротивъ, оно встрѣчаетъ еще много противниковъ, выходящихъ при этомъ изъ разнообразныхъ основаній. Многіе, какъ напр. Шютце, отстаиваютъ старое раздвоеніе философіи права и положительнаго правовѣдѣнія. На ихъ взглядъ то общее ученіе, о которомъ говоритъ Меркель, это энциклопедія права. «Философія-же права есть часть практической философіи, т.-е. той философіи, которая примѣняетъ формальные законы мышленія дедуктивнымъ методомъ къ обоснованію абсолютнаго и его идейнаго содержанія. И именно та часть, которая занимается идеей права, выводя ее изъ высшаго понятія и затѣмъ изслѣдуя ее въ ея логическомъ развѣтвленіи. Философія права относится къ положительному правовѣдѣнію, какъ идеальный юридическій порядокъ къ реальному настоящаго и прошедшаго времени. Это довольно туманное различеніе Шютце поясняетъ на примѣрахъ, показывающихъ, въ чемъ различіе между философскимъ и положительно-правовымъ изученіемъ юридическихъ институтовъ. Онъ беретъ для этого наиболѣе важные институты: договоръ, собственность, государство, наказаніе. Для догматика или

[1]) Тамъ-же, стр. 27—30.

[2]) Juristische Encyclopedie oder System der Rechtswissenschaft, 1847, s. 143.

[3]) Энциклопедія права, стр. 22. Къ нему присоединяется и *Деляровъ*. Очерки, I, стр. 20.

историка обязательность договоровъ несомнѣнный фактъ, отъ котораго онъ отправляется, какъ отъ даннаго. Напротивъ, философъ не можетъ обойти вопроса, обязательны-ли договоры, и, если да, то почему? Точно также относительно института частной собственности философъ задается вопросомъ о томъ, на сколько она согласима съ идеей права и въ особенности съ притязаніемъ (Anrecht) всѣхъ на имущество, какъ объектъ удовлетворенія потребности. Юристъ-историкъ лишь *случайно* встрѣчается съ подобными вопросами. Относительно государства философія права ставитъ вопросъ о томъ, является-ли оно разумной необходимостью или *лишь* историческимъ продуктомъ? Какая форма правленія согласна съ разумомъ? Образуется-ли оно по *своей сущности* изъ договора и т. п. [1]).

Но и эти примѣры неубѣдительны. На сколько подобные вопросы вообще могутъ подлежать научному разрѣшенію, безъ разрѣшенія ихъ не можетъ обойтись и положительное правовѣдѣніе. Юристъ догматикъ не можетъ не поставить вопроса объ условіяхъ обязательности договора, а выяснить эти условія невозможно безъ выясненія самаго основанія его обязательности. Съ другой стороны, такіе вопросы, какъ вопросы о согласной съ разумомъ формѣ правленія, должно признать совершенно праздными, такъ какъ оцѣнка формъ правленія не можетъ быть сдѣлана безъ соображенія съ данными историческими условіями.

Такимъ образомъ философское изученіе права не можетъ быть отдѣляемо въ особую науку. Пріемы философскаго и положительнаго изученія права, для того чтобы дать плодотворные результаты, должны быть непремѣнно соединяемы воедино, какъ составные элементы одного научнаго изслѣдованія.

Между тѣмъ у юристовъ вошло въ обычай не только противуполагать другъ другу философское и положительное изученіе права, но и самое положительное изученіе права подраздѣляютъ на догматическое, историческое и сравнительное. Но какъ философское и положительное изученіе не могутъ быть раздѣляемы безъ прямаго ущерба для плодотворности научнаго изслѣдованія, такъ и это раздробленіе элементовъ положительнаго изученія не можетъ быть допускаемо. Наука стремится къ возможно большему обобщенію, и поэтому совершенно нецѣлесообразно произвольно ограничивать изслѣдуемый матеріалъ только правомъ данной народности или даже только правомъ, дѣйствующимъ въ данный, случайно взятый, историческій моментъ.

Въ практическомъ изученіи права еще можно ограничиваться изученіемъ только дѣйствующаго въ данный моментъ права (догматическое изученіе). Но и чисто-практическія цѣли нерѣдко требуютъ историческаго изученія. Въ силу преемственной связи смѣняющихъ другъ друга зако-

[1]) Schütze (Grünhut's, Zeitschrift 1879, H. II), s. s. 20, 22, 23, 24.

новъ, а еще болѣе въ силу того, что никогда не мѣняется сразу все наличное право, во всѣхъ его частяхъ, для истолкованія и постановленій дѣйствующаго права иногда безусловно необходимо обратиться къ историческому изслѣдованію. Въ отношеніи же теоріи не можетъ быть и сомнѣнія въ невозможности ограниченія однимъ догматическимъ матеріаломъ. При такомъ условіи пришлось бы для каждой исторической эпохи созидать особую теорію права. Да и невозможно найти мотива, который могъ бы побудить насъ въ теоретическомъ изученіи права ограничиваться однимъ догматическимъ матеріаломъ. Необходимость соединенія догматическаго изученія съ историческимъ признается теперь уже всѣми. За то большая неопредѣленность царитъ по вопросу о сравнительномъ изученіи права. Причина этого, конечно, въ новизнѣ самаго дѣла. Правда указанія на желательность сравнительнаго изученія права мы можемъ найти еще у Лейбница. Затѣмъ весьма энергическихъ сторонниковъ нашло себѣ сравнительное изученіе права въ самомъ началѣ настоящаго столѣтія въ лицѣ Тибо и Фейербаха. Но тутъ дѣло только ограничилось пожеланіями. Первая попытка дѣйствительнаго примѣненія на дѣлѣ сравнительнаго изученія права принадлежитъ послѣдователямъ Гегеля. Таково изслѣдованіе Ганса о наслѣдственномъ правѣ и болѣе новое изслѣдованіе Лассаля «Система пріобрѣтенныхъ правъ». Но эти работы учениковъ Гегеля имѣютъ лишь весьма условное значеніе. Дѣло въ томъ, что у гегеліанцевъ имѣется уже готовое, предвзятое построеніе исторіи. Поэтому сравнительное изученіе служитъ имъ не средствомъ раскрытія законовъ правовыхъ явленій, а только иллюстраціей уже установленнаго закона. Установленіе же законовъ историческаго развитія совершается совершенно инымъ путемъ, не путемъ положительнаго изслѣдованія, а чисто метафизическимъ путемъ.

На надлежащую научную почву сравнительное изученіе права было поставлено лишь въ самое послѣднее время. Только теперь стали смотрѣть на сравнительное изученіе, какъ на средство индуктивнаго изслѣдованія. Непосредственнымъ поводомъ къ этому послужили современные успѣхи исторіи культуры (труды Тэйлора, Леббока, Моргана и др.), которые основываются на сравнительномъ изученіи народнаго быта. Связь между культурой и правомъ такая тѣсная, что мысль о примѣнимости къ изученію права тѣхъ же пріемовъ, что и къ изученію культуры, представляется сама собой. Но, какъ я сказалъ, относительно условій, въ какія должно быть поставлено сравнительное изученіе права, царитъ еще большая неопредѣленность.

Прежде всего представляется спорнымъ вопросомъ о томъ, чего можно ожидать отъ примѣненія сравнительнаго метода къ изученію права, можетъ-ли оно дать намъ новые факты, какъ это мы видимъ, напр., въ сравнительномъ языкознаніи, въ сравнительномъ изученіи культуры?

Англійскій историкъ Фриманъ [1]), которому принадлежитъ одна изъ лучшихъ попытокъ примѣнить сравнительный методъ къ изученію государственнаго строя арійскихъ народностей, является рѣшительнымъ защитникомъ продуктивнаго значенія сравнительнаго изученія права. Онъ исходитъ при этомъ изъ тройной классификаціи причинъ сходствъ, представляющихся намъ въ учрежденіяхъ сродныхъ народовъ. Во-первыхъ, эти сходства могутъ быть результатомъ прямого заимствованія, подражанія. Такъ большинство современныхъ государствъ представляютъ въ своихъ государственныхъ учрежденіяхъ подражанія англійской конституціи. Наряду съ такого рода заимствованіями въ общественныхъ учрежденіяхъ замѣчаются и такія сходства, которыя обусловливаются просто одинаковостью условій жизни того и другаго общества, такъ какъ одинаковыя причины всегда приводятъ къ одинаковымъ результатамъ. Но кромѣ этихъ двухъ группъ сходствъ существуетъ, по мнѣнію Фримана, еще и третья. Къ ней онъ относитъ тѣ сходства въ общественныхъ учрежденіяхъ, которыя не могутъ быть объяснены ни заимствованіемъ, ни дѣйствіемъ одинаковыхъ причинъ, а имѣютъ своимъ основаніемъ общность происхожденія данныхъ народовъ, такъ что они являются общимъ наслѣдіемъ народовъ, представляющихъ развѣтвленіе первоначально одной общей расы. Признаніе существованія этой третьей группы сходствъ является, конечно, необходимымъ условіемъ того, чтобы и сравнительное изученіе права, подобно сравнительному изученію языка и матеріальной культуры могло привесть къ установленію новыхъ, неизвѣстныхъ изъ другихъ источниковъ, фактовъ. Но самое существованіе такихъ сходствъ многими оспаривается и вмѣстѣ оспаривается конечно возможность въ изученіи права придти, посредствомъ примѣненія сравнительной методы, къ открытію какихъ-либо новыхъ фактовъ.

Отвергая возможность признать существованіе этой третьей группы сходства, утверждаютъ, что относящіяся къ ней сходства представляютъ лишь соединеніе сходствъ двухъ первыхъ группъ. Между переносомъ напр. крестоносцами феодальной системы на востокъ, и сходствомъ, замѣчаемымъ вообще въ учрежденіяхъ грековъ, римлянъ и германцевъ, какъ трехъ отраслей западной вѣтви арійцевъ, различіе заключается единственно въ томъ, что въ первомъ случаѣ воспроизведена была *вся* феодальная система, въ полномъ ея видѣ, во второмъ же случаѣ отдѣльными арійскими народами воспроизводились лишь зачатки неразвитаго общественнаго строя ихъ первоначальной родины, получившіе у каждаго изъ нихъ дальнѣйшее развитіе уже самостоятельное и сродное лишь въ

[1]) Freeman. Comparative politics. London. 1873 Lecture 1. The range of the comparative sciences, p. 1—36. Переведено мною на русскій языкъ: Сравнительная политика. СПБ. 1880.

силу того, что одинаковыя причины приводятъ къ одинаковымъ слѣдствіямъ. Такимъ образомъ тѣ случаи сходства, которые по классификаціи Фримана относятся къ третьей группѣ, въ дѣйствительности не имѣютъ за собой особаго, самостоятельнаго основанія, а объясняются какъ результатъ совокупнаго дѣйствія и подражанія, и одинаковыхъ условій общественнаго развитія [1]).

Вся эта аргументація опирается, однако, на молчаливо подразумѣваемое предположеніе, не только недоказанное, но и весьма сомнительное. Отрицать самостоятельную основу сходствъ третьей группы можно лишь отрицая вмѣстѣ съ тѣмъ возможность инаго пути унаслѣдованія учрежденій народа—родоначальника, какъ только путемъ сознательнаго, произвольнаго подражанія. Данныя современной психологіи говорятъ напротивъ въ пользу возможности и несознательнаго, непроизвольнаго воспроизведенія учрежденій первоначальной родины въ силу факта психической наслѣдственности, достаточно установленнаго изслѣдованіями Гальтона и Рибо. Но разъ мы признаемъ существованіе психической наслѣдственности, намъ уже невозможно будетъ сводить всѣ сходства въ общественныхъ учрежденіяхъ къ дѣйствію одинаковыхъ условій и къ сознательному подражанію. Намъ необходимо признать существованіе и третьей группы сходствъ, сходствъ основывающихся на несознательномъ подражаніи, на психической наслѣдственности.

Другое возраженіе, выставляемое противъ соображеній Фримана, о возможности придти посредствомъ сравнительнаго изученія права къ открытію новыхъ фактовъ, состоитъ въ томъ, что данныя сравнительнаго изученія права не могутъ дать такого результата, такъ какъ юридическія понятія болѣе отвлеченны, нежели понятія, съ которыми имѣетъ дѣло сравнительное изученіе матеріальной культуры. Вотъ, какъ формулируетъ это возраженіе проф. Ковалевскій [2]).

«Сравнительная грамматика несомнѣнно въ состояніи открыть предъ нами картину матеріальнаго быта арійцевъ въ эпоху ихъ совмѣстнаго сожительства; но сдѣлать тоже въ равной мѣрѣ и по отношенію къ общественному быту ихъ—она положительно не можетъ, и вотъ по какой причинѣ. Когда въ арійскихъ языкахъ мы находимъ однокоренныя выраженія для обозначенія, положимъ, породъ домашнихъ животныхъ, то намъ не представляется труда вывести заключеніе, что приручение ихъ человѣкомъ имѣло мѣсто еще въ эпоху совмѣстнаго сожительства арійцевъ; тогоже далеко нельзя сказать о терминахъ служащихъ для обозначенія какихъ-либо не матеріальныхъ, а нравственныхъ понятій. Изъ того

[1]) *Сергѣевичъ*, Государство и право въ исторіи. (Сборникъ государ. знаній, изд. Безобразовымъ, т. VII, 1879), стр. 42—50.

[2]) Историко-сравнительный методъ въ юриспруденціи и пріемы изученія права. 1880, стр. 13.

обстоятельства, что regere и rice—слова однокоренныя, еще не слѣдуетъ, чтобы конкретныя представленія, связанныя съ каждымъ изъ нихъ, были бы тождественны; сравнительная грамматика безсильна сказать намъ, что разумѣли подъ правленіемъ римляне,—то же ли, что германцы или нѣтъ?»

Нельзя, конечно, отрицать, что опредѣленіе точнаго значенія словъ, когда они обозначаютъ понятія нравственныя, дѣло весьма трудное. Но отсюда едва-ли можно сдѣлать выводъ, что сравнительное изученіе права не можетъ привесть къ открытію новыхъ фактовъ. Если «сравнительная грамматика безсильна сказать намъ, что разумѣли подъ правленіемъ римляне,—то-же-ли, что германцы, или нѣтъ», то вѣдь точно также безсильна она сказать и что разумѣли они подъ мельницей, молотомъ, плугомъ, лодкой. Значеніе словъ мы вообще узнаемъ не изъ грамматики. Но если на основаніи другихъ, не граматическихъ данныхъ, мы опредѣлимъ, положимъ, тождество понятій, обозначавшихся словами regere и rice, то указаніе сравнительной грамматики на происхожденіе этихъ словъ отъ одного корня прольетъ для насъ совершенно новый свѣтъ на общественный бытъ западныхъ арійцевъ въ ту отдаленную эпоху, когда они еще не подѣлились на грековъ, италійцевъ и германцевъ, давая намъ право съ увѣренностью утверждать, что тогда уже существовало у арійцевъ правительство. Различіе въ примѣнимости сравнительной методы къ открытію новыхъ фактовъ въ изученіи матеріальной культуры и въ изученіи права едва-ли можно проводить далѣе различія въ степени. Въ одномъ случаѣ, этотъ пріемъ приложимъ легче, въ другомъ—онъ представляетъ большія трудности. Но въ обоихъ случаяхъ онъ одинаково возможенъ.

Другой спорный вопросъ по отношенію къ условіямъ примѣнимости сравнительнаго метода къ изученію права есть вопросъ о томъ, должно-ли быть сравнительное изученіе права непремѣнно *историко*-сравнительнымъ? Другими словами: необходимо-ли ограничивать сравненіе только сравненіемъ соотвѣтственныхъ историческихъ стадій развитія права?

Такое ограниченіе весьма существенно, такъ какъ опредѣленіе соотвѣтствія историческихъ стадій необходимо предполагаетъ основательное предварительное изученіе исторіи сравниваемыхъ системъ правъ, а такое изученіе возможно въ настоящее время по отношенію лишь къ весьма ограниченному числу народовъ. Поэтому у тѣхъ, кто, какъ, напримѣръ, Постъ [1]), не требуетъ, чтобы сравнительное изученіе было непремѣнно историко-сравнительнымъ, и даже напротивъ, противополагаетъ сравнительное изученіе историческому, оно получаетъ гораздо болѣе широкое

[1]) Post. Bausteine für eine allgemeine Rechtswissensshaft auf vergleichend-ethnolegischer Basis. B. I, 1880, s. 8 und ff.

примѣненіе. Но многіе относятся отрицательно къ такому изученію, называя его презрительно «сопоставительнымъ» и отрицая за нимъ всякое научное значеніе «Здравый смыслъ, по мнѣнію проф. Ковалевскаго, говоритъ всякому, что такого рода сравненіе, какъ бы любопытны ни были сравниваемые факты, никакого научнаго значенія не имѣетъ и имѣть не можетъ» [1]). Такое безусловное осужденіе «сопоставительнаго» метода едва-ли можно признать справедливымъ. Спору нѣтъ, для изученія исторіи права не можетъ принесть пользы сравненіе всевозможныхъ юридическихъ институтовъ. Для историческихъ цѣлей и изученіе должно быть непремѣнно историко-сравнительнымъ. Но сдѣлать отсюда выводъ, что «сопоставительный» методъ и вовсе не можетъ имѣть никакого научнаго значенія, было-бы слишкомъ поспѣшнымъ заключеніемъ.

Сравненіе употребляется какъ пріемъ изслѣдованія не въ однѣхъ общественныхъ наукахъ. И естествоиспытателю не обойтись безъ сравненія; оно играетъ въ наукахъ естественныхъ, даже въ астрономіи, физикѣ, химіи, не говоря уже о біологіи, весьма видную роль, и при томъ не только для выясненія законовъ развитія, но и при изслѣдованіи такихъ вопросовъ, гдѣ нѣтъ и рѣчи о какомъ-либо генезисѣ. Словомъ, въ естествознаніи примѣняется не только историко или генетико-сравнительный методъ, но и просто методъ сопоставленія.

Значеніе сравненія въ научныхъ изслѣдованіяхъ вообще можетъ быть сведено къ тремъ главнымъ функціямъ [2]). Во первыхъ, сравненіе предметовъ, кажущихся на первый взглядъ совершенно разнородными, можетъ нерѣдко привесть къ открытію объясненія явленій. Такъ объясненіе явленія радуги было найдено благодаря тому, что Рожеръ Беконъ сталъ сравнивать это явленіе съ явленіями, замѣчаемыми при прохожденіе луча черезъ призму. Ложное глубокомысліе, безъ сомнѣнія, нашло бы такое сравненіе «сопоставленіемъ, неимѣющимъ научнаго значенія», такъ какъ на такое сравненіе Р. Беконъ былъ наведенъ, повидимому, чисто внѣшнимъ сходствомъ получаемыхъ при этомъ цвѣтовъ. Можно указать весьма любопытный и болѣе новый примѣръ научного открытія, на которое изслѣдователь былъ наведенъ подмѣченнымъ имъ сходствомъ въ запахѣ. Я говорю объ открытіи озона, явившемся какъ слѣдствіе замѣченнаго Шенебейномъ сходства между запахомъ, развивающимся отъ электрическихъ искръ и ударовъ молніи и запахомъ при медленномъ горѣніи фосфора.

Во-вторыхъ, сравненіе можетъ служить средствомъ открытія явленій, иногда весьма общихъ, но проявляющихся большею частью въ такой формѣ, что они укрываются отъ нашего вниманія. Только когда путемъ

---

[1]) *Ковалевскій.* Историко-сравнительный методъ, стр. 1.

[2]) *Джевонсъ.* Основы науки 1881, стр. 557, 566, 569.

сравненія всевозможныхъ предметовъ мы натыкаемся, наконецъ, на такой, въ которомъ данное свойство выражено въ достаточно рѣзкой, бросающейся въ глаза формѣ, мы замѣчаемъ это свойство. Такъ магнитная руда дала поводъ къ открытію магнетизма, исландскій шпатъ—двойнаго лучепреломленія, сѣрно-кислый хининъ—флуоресценціи и т. п.

Наконецъ, въ-третьихъ, только посредствомъ длиннаго ряда сравненій, подбирая одинъ предметъ къ другому, можно съ точностью опредѣлить границы распространенія извѣстнаго свойства или явленія. При такомъ сопоставленіи предметовъ въ одинъ непрерывный рядъ удается открывать то или другое качество тамъ, гдѣ оно прежде и не подозрѣвалось. Такъ съ давнихъ поръ установилось убѣжденіе, что электрическіе проводники и изоляторы принадлежатъ къ двумъ противоположнымъ классамъ веществъ. Но Фарадей показалъ, что чистая мѣдная проволока и гуттаперча, только крайніе примѣры изъ цѣлаго ряда веществъ, представляющихъ всевозможныя измѣненія въ ихъ способности проводимости. Даже лучшіе изоляторы допускаютъ атомную индукцію, которая необходимо предшествуетъ проводимости. Поэтому Фарадей полагаетъ, что всѣ вещества болѣе и менѣе разряжаютъ электричество, хотя въ иныхъ мы не можемъ измѣрить этого дѣйствія.

Если такимъ образомъ даже въ физикѣ, наукѣ гораздо болѣе точной, простое сопоставленіе не только не презирается какъ ненаучный пріемъ, а напротивъ примѣняется въ весьма широкомъ объемѣ, и съ большимъ успѣхомъ, то нѣтъ никакого основанія не допускать примѣненія сопоставительнаго метода и къ изученію права. Сомнѣнія же выражаемыя по отношенію къ допустимости такого пріема сравненія, слѣдуетъ счесть выраженіемъ скорѣе основаннаго, на одностороннемъ увлеченіи историческимъ направленіемъ, предразсудка, нежели дѣйствительныхъ требованій строгой научности, которая не отворачивается отъ фактовъ, а тѣмъ болѣе отъ любопытныхъ. Такимъ образомъ, едва ли мы ошибемся, сказавъ, что оба ограниченія, которыя нѣкоторые юристы считаютъ необходимымъ установить въ отношеніи примѣнимости сравнительнаго метода къ изученію права, оказываются, при ближайшемъ разсмотрѣніи, лишенными основанія.

IV.

Наука обобщаетъ наше знаніе; она замѣняетъ непосредственное частное, но и болѣе конкретное знаніе, болѣе абстрактнымъ и болѣе общимъ; она изучаетъ частности только какъ матеріалъ для обобщенія, стремясь придти къ выводамъ, примѣнимымъ къ цѣлымъ группамъ сходныхъ явленій и за ѣняющимъ для насъ поэтому знаніе всѣхъ частныхъ явленій, относящихся къ той или другой изслѣдованной группѣ. Но

обобщеніе не можетъ быть совершено надъ сырымъ матеріаломъ, въ томъ видѣ, какъ онъ дается намъ непосредственнымъ наблюденіемъ. Сопоставляя непосредственныя данныя наблюденія, не подвергнутыя аналитическому разложенію на составные элементы, мы можемъ подмѣтить въ нихъ сходство лишь въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ и притомъ весьма легко этимъ путемъ впасть въ ошибки, сблизивъ такія явленія, которыя въ дѣйствительности представляютъ весьма мало общаго и наоборотъ.

Для того, чтобы расширить обобщенія и дать имъ надежную постановку, необходимо предварительно подвергнуть представляющійся намъ въ наблюденіи матеріалъ извѣстной обработкѣ. Мы подвергаемъ для этого наши представленія анализу, разлагая ихъ на составные элементы, съ тѣмъ, чтобы найти общіе элементы, изъ различныхъ комбинацій которыхъ составляется все разнообразіе нашихъ представленій извѣстнаго рода. Затѣмъ, полученные посредствомъ анализа общіе элементы нашихъ представленій мы комбинируемъ уже сознательно и такъ, какъ того требуютъ цѣли научнаго изслѣдованія, построяя, конструируя такимъ образомъ научныя понятія, которыя, какъ идеальныя построенія, не суть простыя копіи дѣйствительности, но своеобразныя, требующіяся для цѣлей науки, конструкціи. Наконецъ, полученныя путемъ конструкціи научныя понятія мы классифицируемъ, соединяя ихъ въ группы, руководясь ихъ сходствомъ и различіемъ.

Всѣ эти пріемы: анализъ, конструкція и классификація, суть общіе пріемы научнаго изслѣдованія, отнюдь не составляющіе исключительной принадлежности только науки права. Но это не сознается нерѣдко и самими юристами, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ анализу и, въ особенности, въ отношеніи къ конструкціи. Такъ Іерингъ, излагая ученіе объ юридическомъ анализѣ и юридической конструкціи, для поясненія этихъ пріемовъ, ссылается не на общія начала научной методологіи, а на примѣръ азбуки для объясненія анализа, и на примѣръ органическихъ тѣлъ для поясненія юридической конструкціи,—подобія въ обоихъ случаяхъ весьма отдаленныя и неполныя. Муромцевъ же прямо относитъ всѣ пріемы юридической конструкціи къ «особенностямъ юридическаго воззрѣнія» [1]), имѣющимъ лишь «условное практическое значеніе и немогущимъ служить средствомъ научнаго объясненія» [2]).

Мы постараемся доказать, что ни въ конструкціи, ни въ анализѣ нельзя никоимъ образомъ видѣть особенности юридическаго воззрѣнія, что, напротивъ, мы имѣемъ тутъ дѣло лишь съ частнымъ примѣненіемъ общихъ научныхъ пріемовъ обобщенія. Начнемъ съ анализа.

---

[1]) Опредѣленіе и основное раздѣленіе права, стр. 93.

[2]) Тамъ-же, стр. 121.

Въ противоположность обыденному воззрѣнію, юристъ не разсматриваетъ каждый отдѣльный юридическій казусъ, какъ одно цѣлое. Онъ, напротивъ, всегда разлагаетъ представляющійся ему практическій вопросъ на составные элементы, установляя сначала распознаваніе, діагнозъ каждаго отдѣльнаго элемента, и затѣмъ уже давая рѣшеніе вопроса, такъ какъ онъ ставится практикой, основывая это рѣшеніе на совокупности діагнозовъ, составляющихъ этотъ случай элементовъ. Въ силу этого тамъ, гдѣ не-юристъ видитъ одинъ нераздѣльный вопросъ, допускающій только категорическое рѣшеніе въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ, юристъ нерѣдко видитъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ вопросовъ, допускающихъ каждый самостоятельное рѣшеніе. Въ отношеніи къ отдѣльному практическому случаю такое аналитическое его разложеніе можетъ естественно показаться лишь напраснымъ усложненіемъ и запутываніемъ вопроса. Но если, не ограничиваясь отдѣльнымъ случаемъ, мы примемъ во вниманіе безконечный рядъ разнообразныхъ случаевъ, представляемыхъ юридической практикой, то мы поймемъ, что юридическій анализъ не запутываетъ, не усложняетъ разрѣшенія отдѣльныхъ случаевъ, а напротивъ чрезвычайно его упрощаетъ. Дѣло въ томъ, что посредствомъ такого аналитическаго разложенія мы сводимъ все безконечное разнообразіе юридическихъ казусовъ, встрѣчающихся въ жизни, къ различнымъ комбинаціямъ небольшаго числа все однихъ и тѣхъ же основныхъ элементовъ. Такимъ образомъ изученіемъ этихъ элементовъ мы замѣняемъ изученіе всего этого пестраго разнообразія возможныхъ казусовъ. Понятно, что это даетъ большую экономію времени и труда.

Можно ли признать этотъ пріемъ юридическаго анализа своеобразною особенностью правовѣдѣнія? Чтобы убѣдиться въ противномъ, стоитъ только открыть любой курсъ логики: мы вездѣ найдемъ изложеніе совершенно аналогичныхъ пріемовъ анализа нашихъ представленій, какъ общихъ пріемовъ образованія понятій. Зигвартъ, такъ тотъ такое разложеніе нашихъ представленій на ихъ общіе основные элементы прямо считаетъ основнымъ вопросомъ всего ученія о методахъ [1]). Въ старыхъ логикахъ, правда, процессъ образованія общихъ понятій излагался нѣсколько односторонне. Дѣло представлялось такъ, какъ будто общія понятія мы образуемъ всегда однимъ путемъ: путемъ послѣдовательнаго опущенія въ нихъ признаковъ, такъ, что общей формой соотношенія понятій признавали соотношеніе вида и рода. Это вѣроятно и побудило Іеринга искать объясненія юридическаго анализа не въ общихъ пріемахъ логическаго анализа, а въ аналогіи съ азбукой. Дѣйствительно, въ старыхъ логикахъ онъ не нашелъ бы пожалуй подходящей формулы

[1]) Sigwart, Logik B. II. Methodenlehre, 1878, s. 5.

для объясненія того, что онъ называетъ различіемъ самостоятельныхъ и несамостоятельныхъ, конкретныхъ и абстрактныхъ элементовъ. Онъ поясняетъ это различіе сравненіемъ съ различіемъ гласныхъ и согласныхъ. Гласная юридической азбуки это то, что можетъ существовать въ жизни само по себѣ, отдѣльно напр. купля-продажа, завѣщаніе. Согласная это то, что мыслимо только какъ принадлежность чего либо другого, таково напр. понятіе просрочки. Повторяю, подъискать подходящую формулу для такого различія дѣйствительно могло бы представиться затруднительнымъ, если держаться только старыхъ логикъ. Но современные нѣмецкіе логики, Зигвартъ, Лотце, Вундтъ, не признаютъ опущенія признаковъ общимъ пріемомъ образованія понятій, не признаютъ и различіе вида и рода общей формой ихъ соотношенія. По словамъ Вундта, соотношеніе вида и рода есть лишь одна изъ возможныхъ формъ соотношенія понятія и общность есть общее свойство понятій, лишь въ томъ смыслѣ, что каждое понятіе состоитъ изъ элементовъ, которые входятъ въ составъ и другихъ понятій и различной комбинаціей которыхъ единственно и обусловливается различіе отдѣльныхъ понятій [1]). Поэтому нельзя сказать, чтобы большая отвлеченность понятія обусловливала всегда и большую общность. Такъ, напр., понятіе обязательства менѣе абстрактно, нежели понятіе отсрочки. Но нельзя сказать, чтобы оно вмѣстѣ съ тѣмъ было и менѣе общимъ. При такомъ взглядѣ на дѣло и общимъ пріемомъ обобщенія является не опущеніе частныхъ признаковъ, а разложеніе представленій на ихъ составные элементы, и нѣтъ уже надобности искать объясненія пріемовъ юридическаго анализа внѣ логическихъ формулъ. Въ нѣмецкой литературѣ и была уже сдѣлана попытка воспользоваться результатами логическихъ изслѣдованій Зигварта и Лотце для объясненія процесса образованія юридическихъ понятій [2]).

Такимъ же совершенно общимъ логическимъ пріемомъ представляется и то, что Іерингъ называетъ логической концентраціей понятій. Тутъ все дѣло заключается въ опредѣленіи взаимнаго соотношенія понятій и слѣдуетъ только замѣтить, что Іерингъ опускаетъ изъ виду разнообразіе формъ этого соотношенія. Соотношеніе понятій можетъ быть нетолько отношеніемъ соподчиненія, но можетъ принимать и различныя другія формы, напр. взаимоисключенія (случай и умыселъ), соотносительности (право и обязанность), соприкосновенія (dies incertus an, certus quando и conditio), перекрещиванія (вещныя и имущественныя права) и т. д. [3]).

Но эта т. н. Іерингомъ логическая концентрація понятій даетъ объединеніе матеріала лишь въ весьма узкихъ рамкахъ. Для того, чтобы

---

[1]) Wundt, I, 1880, s. 96.

[2]) Rümelin, Juristische Bergifsbildung. 1878.

[3]) Wundt, Logik, I, s. 113.

объединеніе могло обнять весь матеріалъ общихъ элементовъ, полученныхъ путемъ анализа, а не отдѣльныя только ихъ группы, необходимо обратиться къ синтезу, посредствомъ юридической конструкціи. Подобно анализу и юридическая конструкція не представляетъ исключительной особенности юридической науки. Это общій пріемъ научнаго обобщенія [1]). Не слѣдуетъ думать, чтобы научныя обобщенія были просто суммированными копіями дѣйствительности. Такія копіи по необходимости представляются неясными, неопредѣленными. Онѣ подобны тому смутному впечатлѣнію, какое мы получимъ, если наложимъ одну на другую нѣсколько прозрачныхъ картинъ и станемъ разсматривать ихъ противъ свѣта. При этомъ, конечно, и краски, и очертанія контуровъ сольются, смѣшаются, потерявъ всякую опредѣленность. Обобщенія, подобныя такимъ неяснымъ впечатлѣніямъ, не годятся для цѣлей науки. Они могутъ, пожалуй, уловлетворить потребностямъ обыденной жизни, гдѣ мы зауряд руководствуемся неясными, для насъ самихъ смутными представленіями. Но наука требуетъ прежде всего отчетливости, ясности, опредѣленности. И въ дѣйствительности научныя обобщенія не суть вовсе суммированныя лишь копіи дѣйствительности. Всѣ научныя обобщенія суть идеальныя построенія, представляющія собою своеобразныя комбинаціи полученныхъ путемъ анализа общихъ элементовъ нашихъ представленій. Эти комбинаціи не копируютъ рабски дѣйствительности; они составляются свободно, сообразно цѣлямъ научнаго обобщенія и потому всегда уклоняются нѣсколько отъ дѣйствительности. Таковъ характеръ обобщеній во всѣхъ наукахъ безъ исключенія: всякая наука даетъ не копію дѣйствительности, а идеальное построеніе. Такъ напримѣръ, когда говорятъ, что луна обращается по опредѣленной орбитѣ вокругъ земли, то это нельзя понимать, какъ простое описаніе дѣйствительно совершающагося обращенія луны вокругъ земли— это только идеальное построеніе, объясняющее намъ движеніе луны. Въ дѣйствительности луна вовсе не описываетъ эллипсисовъ вокругъ земли. Если бы она въ своемъ движеніи оставляла за собою видимый слѣдъ, слѣдъ этотъ имѣлъ бы фигуру не эллипсиса и вообще не замкнутой кривой, а не замыкающейся волнообразной линіи. Весьма наглядно выражается конструктивный характеръ научныхъ обобщеній въ кристаллографическихъ системахъ. Для того, чтобы объяснить сложныя явленія, наблюдаемыя въ кристаллахъ, кристаллографы воображаютъ, что внутри каждаго кристалла существуютъ извѣстныя оси или линіи направленія, соотносительной длинной и взаимнымъ наклоненіемъ которыхъ опредѣляется природа кристалла. Въ одномъ классѣ кристалловъ есть четыре такихъ оси; во всѣхъ другихъ только три; они могутъ быть или одинаковой длины или различной, или перпендикулярны другъ

[1]) *Льюисъ.* Вопросы о жизни и духѣ, т. I, Спб. 1875 г., стр. 272—300.

другъ къ другу или наклонны. Этимъ различіемъ числа, длины и наклона воображаемыхъ осей обусловливается дѣленіе кристалловъ на семь различныхъ системъ, представляющихъ различіе геометрическихъ формъ и физическихъ свойствъ. Но, конечно, эти оси только воображаемыя. Такимъ образомъ вся кристаллографія опирается на конструкцію, на идеальное построеніе.

Совершенно такое же, не только практическое, но и научное значеніе имѣетъ и юридическая конструкція. Между ней и конструкціями напр. астрономическими и кристаллографическими нѣтъ никакого принципіальнаго различія. Но конечно пріемы юридической конструкціи иные, такъ какъ тутъ и самый предметъ, подлежащій объясненію, совсѣмъ не тотъ.

Основной пріемъ юридической конструкціи заключается, какъ извѣстно въ томъ, что отношенія юридическія, существующія между людьми, объективируются, разсматриваются, какъ самостоятельныя существа, возникающія, измѣняющіяся въ теченіи своего существованія и, наконецъ, прекращающіяся. Затѣмъ, въ организаціи, въ структурѣ этихъ отношеній различаютъ ихъ субъектовъ, т.-е. тѣхъ лицъ, между которыми происходятъ отношенія, и ихъ объекты, т.-е. тѣ силы, пользованіе которыми служитъ поводомъ установленія отношеній. Наконецъ, въ содержаніи отношеній различаютъ всегда два элемента: право и соотвѣтствующую праву обязанность.

Подобно тому, какъ опредѣленіемъ числа, соотносительной длины и положенія осей опредѣляются всѣ свойства кристалла, такъ и опредѣленіе всѣхъ свойствъ различныхъ юридическихъ отношеній сводитси къ опредѣленію ихъ субъекта объекта, содержанія и условій установленія и прекращенія. Конструкція юридическихъ отношеній выполняетъ совершенно ту-же функцію, какъ и конструкція кристаллографическихъ системъ. Это есть принаровленное для цѣлей юридическаго изслѣдованія идеальное построеніе. Поэтому и критика юридической конструкціи не можетъ заключаться въ разрѣшеніи вопроса о томъ, соотвѣтствуетъ-ли она во всѣхъ своихъ частностяхъ дѣйствительности. Оси кристалла, орбита луны существуютъ только въ нашемъ мышленіи, мы только воображаемъ ихъ себѣ. И это нисколько не мѣшаетъ этимъ конструкціямъ имѣть высокое научное значеніе. Не бѣда поэтому, если и юридическая конструкція не представляетъ простой копіи дѣйствительности. Оцѣнка ея должна обусловливаться исключительно тѣмъ, продставляется-ли она пригодной формой для нагляднаго и точнаго воспроизведенія всѣхъ свойствъ правовыхъ явленій и ихъ взаимнаго соотношенія. Пригодность для этой цѣли установившагося пріема юридической конструкціи, какъ конструкціи отношеній, лучше всего доказывается успѣшнымъ ея примѣненіемъ на практикѣ. Выработанный собственно цивилистами,

этотъ пріемъ конструкціи находитъ себѣ съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе широкое примѣненіе. И по самому существу своему онъ вполнѣ пригоденъ для воспроизведенія всевозможныхъ юридическихъ явленій, какъ-бы они ни были разнообразны.

Но вполнѣ признавая высокое достоинство установившагося въ наукѣ пріема конструкціи, я не могу не указать на рѣшительную необходимость дальнѣйшаго развитія этого пріема. Совершенно сохраняя всѣ выработанныя до сей поры элементы юридической конструкціи, необходимо сдѣлать къ нимъ одно, впрочемъ, довольно существенное, добавленіе. Обыкновенно юридическія нормы, существованіе которыхъ составляетъ необходимое предположеніе превращенія фактическихъ отношеній въ юридическія, только и принимаются въ соображеніи какъ такое conditio sine qua non юридическихъ отношеній. Въ самомъ началѣ, обыкновенно въ введеніи дается краткій очеркъ ученія о нормахъ, между прочимъ и о дѣйствіи ихъ во времени, и затѣмъ уже въ дальнѣйшемъ изложеніи совершенно игнорируется тотъ фактъ, что нормы не неподвижны, а измѣнчивы. Весь анализъ сводится къ опредѣленію того, какъ сказываются измѣненія въ различныхъ элементахъ юридическаго отношенія, только они разсматриваются, какъ перемѣнные. При практическомъ изученіи какой-нибудь одной законодательной системы это, конечно, вполнѣ законный пріемъ. Но разъ дѣло идетъ объ общей юридической теоріи, это пріемъ рѣшительно несостоятельный. Общей теоріи приходится считаться съ разнообразнѣйшими системами права: какъ-же ихъ умѣстить всѣхъ въ рамки юридической конструкціи? Для того, чтобы сравнительное изученіе не являлось какимъ-то случайнымъ придаткомъ, лишеннымъ строго научной, объективной постановки, эксплоатируемымъ лишь для разрѣшенія чисто субъективнаго вопроса: какая система лучше?—необходимо принять во вниманіе въ самой юридической конструкціи и измѣнчивость нормъ. Если мы станемъ въ юридическихъ конструкціяхъ разсматривать какъ перемѣнныя и элементы отношеній, и нормы ихъ опредѣляющія, то мы получимъ естественно двоякую группировку юридическихъ явленій. Группировка, основанная на сходствѣ и различіи элементовъ юридическихъ отношеній, дастъ классификацію системой. Группировка, основанная на различіи выражающихся въ нормахъ юридическихъ принциповъ, дастъ намъ рядъ юридическихъ типовъ.

О необходимости отказаться отъ исключительно систематизирующаго направленія и въ дополненіе къ классификаціи системой выработать классификацію рядами я уже говорилъ въ этомъ самомъ журналѣ [1]). Я

[1]) См. выше, Наука права и естествознаніе, стр. 12 и слѣд.

позволилъ себѣ вновь возвратиться къ этому вопросу въ виду того, что профессоръ С. В. Пахманъ, въ извѣстной рѣчи своей, признаетъ мою мысль о недостаточности одного систематизирующаго направленія просто продуктомъ неправильнаго пониманія существа юридической науки въ собственномъ смыслѣ [1]). Но едва-ли это не плодъ недоразумѣнія. Быть можетъ тогда я недостаточно ясно выразился. По крайней мѣрѣ очевидно, что почтенный профессоръ меня не понялъ. Опровергая правильность того, будто «юридическая наука и смотритъ на право, какъ на нѣчто неизмѣнное» [2]), онъ всю силу своей аргументаціи направляетъ на доказательство того, что «юристу нѣтъ никакого дѣла до построенія какого-то неизмѣннаго, вѣчнаго права». Но ничего подобнаго я нигдѣ и не говорилъ. Разсматривать что-либо «какъ неизмѣнное», и «построять неизмѣнное»—двѣ вещи совершенно различныя. И завѣдомо измѣняющееся можно, для упрощенія научнаго анализа, разсматривать какъ неизмѣнное. Да и самъ С. В. Пахманъ дальше говоритъ совершенно то-же самое: «измѣняемость нормъ положительнаго права для юриста совершенно безразлична». Если измѣнчивость для него безразлична, то онъ конечно въ своемъ анализѣ ее игнорируетъ. Но я только и хотѣлъ указать на это игнорированіе измѣняемости юридическихъ нормъ.

Но теперь другой вопросъ: является-ли это игнорированіе измѣняемости нормъ необходимымъ требованіемъ юридическаго метода? С. В. Пахманъ утверждаетъ, что да, что иначе мы придемъ къ смѣшенію правовѣдѣнія съ тѣмъ, что онъ называетъ историко-философской разработкой права. Задачей такой разработки онъ считаетъ изученіе жизненныхъ основъ [3]), фактической стороны права [4]). Но если такъ, то я, признаюсь, рѣшительно не понимаю, какимъ образомъ восполненіе анализа принятіемъ въ соображеніе измѣняемости не только элементовъ юридическихъ отношеній, но и юридическихъ нормъ можетъ обусловливать собою смѣшеніе юридическаго изслѣдованія съ такого рода историко-философскимъ изученіемъ? Почему классификація рядами больше, чѣмъ классификація системой, затрогиваетъ жизненныя основы. Если можно, не касаясь жизненныхъ основъ права, построить удовлетвори-

---

[1]) Журналъ гражд. и угол. права 1882, № 3, О современномъ движеніи въ наукѣ права, стр. 50.

[2]) У меня собственно сказано: «систематикъ разсматриваетъ юридическій строй какъ неизмѣнный». Авторъ рѣчи, вѣроятно, потому и не понялъ моихъ словъ, что измѣнилъ ихъ.

[3]) Стр. 20.

[4]) Стр. 51.

тельную научную классификацію права, въ чемъ я сильно сомнѣваюсь, то точно также возможно построить и классификацію рядами, и наоборотъ. Классификація системой и классификація рядами это двѣ общія логическія формы группировки понятій и ни одна изъ нихъ не можетъ имѣть какой-либо особой связи съ жизненными основами права.

Общественное значеніе права.

(Публичная лекція въ пользу пострадавшихъ отъ неурожая).

Милостивые государыни и государи!

Тяжелое безвременье, надвинувшееся на Русскую землю, всѣмъ намъ ставитъ одну задачу, на всѣхъ налагаетъ одну обязанность—долгъ братской помощи: кто чѣмъ можетъ и кто какъ умѣетъ; и прежде всего, конечно, помощи матеріальной. Не остался и не останется безотвѣтнымъ высокій призывъ къ пожертвованіямъ. Быть можетъ, намъ не придется похвалиться отдѣльными крупными пожертвованіями. Но не въ богатствѣ отдѣльныхъ лицъ наша сила. Какъ въ былое время богатѣй Садко не осилилъ господина Великаго Новгорода, такъ и всегда на Руси

Жита по зернышку
Горы наношены.

Но великое народное горе требуетъ и другой помощи, помощи знанія. Чтобы помочь тяжелой бѣдѣ мало одного горячаго порыва сердца. Надо знать и умѣть: надо знать средства, надо умѣть приложить ихъ къ дѣлу. И какихъ только вопросовъ не выдвинулъ за собой вопросъ о неурожаѣ! Представители самыхъ разнообразныхъ отраслей человѣческаго вѣдѣнія въ дружныхъ усиліяхъ работаютъ надъ разрѣшеніемъ этихъ насущныхъ вопросовъ дня. Прежде всего ищутъ средствъ непосредственной борьбы съ послѣдствіями неурожая. А затѣмъ выдвигаются и болѣе общіе вопросы. Приходится внимательно отнестись къ самимъ себѣ, приглядѣться къ условіямъ нашего быта, выяснить причины бѣдствія, озаботиться мѣрами предупрежденія его возможнаго повторенія—и, какъ всегда въ общественныхъ вопросахъ, и тутъ оказываются затронутыми всѣ стороны общественной жизни, всѣ вопросы такъ переплелись и такъ неразрывно связаны между собой, что нельзя коснуться одного, чтобы не затронуть и другихъ. Вопросъ обобщается самъ собой и незамѣтно переходитъ въ общій вопросъ о подъемѣ общественной культуры. Мы не властны измѣнить условій нашего климата, мы не можемъ распоряжаться

атмосферными осадками. Приходится подумать о томъ, какъ ослабить самыя послѣдствія неурожая, позаботиться о томъ, чтобы неурожай не приводилъ къ голоду. И вотъ со всѣхъ сторонъ слышится одинъ отвѣтъ: не отдѣльными мѣрами, а только общимъ подъемомъ культуры можно достигнуть этой цѣли: чѣмъ выше общественная культура, тѣмъ невозможнѣе голодъ.

Развитіе культуры выражается въ постоянномъ и неуклонномъ возрастаніи общественной сплоченности. Каждый новый шагъ по пути культурнаго развитія приводитъ все къ большей и большей зависимости человѣка отъ общественной среды. Общество охватываетъ собою человѣческую личность все крѣпче и тѣснѣе. Нравственныя ученія и экономическія условія современнаго общества одинаково сходятся въ этомъ стремленіи вездѣ и во всемъ на первое мѣсто поставлять общее. Такое усиленіе общественной солидарности, такое подчиненіе частнаго общему какъ нельзя болѣе подходитъ къ нашему положенію: это очевидно вѣрнѣйшій путь къ тому, чтобы осилить постигшее насъ бѣдствіе.

Но въ сложномъ составѣ современной культуры имѣется одинъ элементъ, не гармонирующій съ этимъ общимъ направленіемъ и образующій какъ-бы встрѣчное теченіе; не подчиняющій личность требованіямъ общественной среды, а обособляющій и оберегающій все индивидуальное, все особенное. Таково именно право, отмежевывающее индивиду свою неприкосновенную сферу свободы, гдѣ каждый самъ себѣ хозяинъ. Личность отгораживаетъ себя среди все возрастающей солидарности своими правами и требуетъ уваженія къ нимъ нетолько со стороны другихъ личностей, но и со стороны общественной власти. И общественной власти, признающей эти права, на каждомъ шагу приходится считаться съ ними, сообразуя съ ними свою дѣятельность. Безъ права дѣло было-бы проще. Все слилось бы тогда въ одинъ согласный аккордъ, все подчинилось-бы тогда требованіямъ общественнаго развитія. Права-же отдѣльныхъ личностей, ограничивающія и стѣсняющія дѣятельность власти, представляются заурядъ лишь помѣхой общественному дѣлу. Не слѣдуетъ-ли поэтому признать право чисто отрицательнымъ элементомъ общественной культуры; не служитъ-ли право лишнимъ и только мѣшающимъ прогрессивному развитію общественной жизни придаткомъ?

Вѣдь вся современная культура основана на высокомъ началѣ общечеловѣческой солидарности, возвѣщенной великимъ ученіемъ Христа. А право вводитъ обособленіе и раздѣленіе. Не даромъ и до сихъ поръ наука права и юридическое образованіе опирается какъ на свое основаніе на римское право, представляющее собою строгую и послѣдовательную систему чисто языческаго эгоизма. Къ чему современному обществу удерживать это повидимому чуждое христіанской цивилизаціи наслѣдіе языческой старины?

Не только христіанское вѣроученіе, и положительная наука какъ-бы подсказываетъ намъ тоже сомнѣніе. Прошло то время, когда юристъ, отстаивая непреходящее значеніе права, могъ опереться на пресловутую гипотезу естественнаго права. Все охватывающее собою и все развивающееся историческое воззрѣніе лишаетъ права личности ихъ абсолютнаго значенія. Когда-то безусловное велѣніе разума, право признается теперь измѣнчивымъ продуктомъ историческаго развитія. Возникшее во времени, при однихъ условіяхъ общественной жизни, мѣняющееся во времени, не должно-ли право также и исчезнуть, современемъ, когда общество человѣческое разовьется въ крѣпкій и сплоченный организмъ?..

Чему, въ самомъ дѣлѣ, служитъ право? Конечно, индивидуализму. А самая историческая роль индивидуализма не сводится-ли къ одной разрушительной задачѣ? Не видимъ-ли мы въ послѣдовательномъ развитіи человѣческой исторіи, что индивидуалистическія ученія служили всегда лишь одному разрушенію устарѣлыхъ, изжившихъ свое содержаніе культурныхъ формъ. Своимъ вѣчнымъ протестомъ противъ всякаго признаннаго авторитета индивидуализмъ, возбуждая духъ критики, подрывалъ уваженіе къ устоямъ стараго установившагося порядка, расчищалъ мѣсто для новаго культурнаго строя, но самъ ничего новаго создать не могъ. Когда приходилось отъ разрушенія переходить къ творчеству, индивидуализмъ опять смѣняли иного рода ученія, требовавшія прежде всего подчиненія индивидуальной личности общественному авторитету.

Исторія человѣчества изобилуетъ такого рода примѣрами. Такъ было въ древней Греціи, гдѣ индивидуалистическое ученіе софистовъ послужило какъ-бы подготовкой только къ философскому ученію Платона, требовавшаго безусловнаго подчиненія всего частнаго, индивидуальнаго общимъ идеямъ. И въ государственной жизни Платонъ требовалъ полнаго поглощенія личности государствомъ. Не только собственность, но и бракъ, и семья, и музыкальныя мелодіи, и самыя дѣтскія игры—все подчинялось въ идеальномъ государствѣ Платона безграничной власти государства.

Но въ философскихъ ученіяхъ и въ самой жизни древней Эллады эта борьба индивидуализма съ общественнымъ авторитетомъ не получаетъ еще полнаго и яркаго выраженія. Свойственное эллинамъ чувство изящнаго, чувство гармоніи умѣряло и смягчало этотъ споръ, придавая ему характеръ скорѣе философскаго пренія, чѣмъ отчаянной борьбы личности за свои права и свободу.

Въ новой Европѣ повторилась та же борьба, но только въ большихъ размѣрахъ, и съ большею рѣзкостью. Вся новая исторія представляетъ собою трагическую борьбу индивидуализма съ общественнымъ авторитетомъ. Съ эпохи возрожденія подымается горячая борьба за личную

свободу противъ тѣснившихъ и угнетавшихъ ее устоевъ средневѣковаго быта. Въ искусство, въ религію, въ науку, въ ученія нравственности,— всюду проникаетъ самый крайній индивидуализмъ. Индивидуальная человѣческая личность, и притомъ личность отрѣшенная отъ всѣхъ историческихъ и бытовыхъ условій, ставится мѣриломъ и основой всего сущаго и всего мыслимаго. Въ лицѣ Декарта новая философская мысль отвергаетъ все, кромѣ личнаго самосознанія, и освобожденная отъ всякаго подчиненія суверенная личность стремится все вывести изъ себя самой: и законы, управляющіе внѣшнимъ міромъ, и нравственныя начала и самого Бога. Развиваясь и расширяясь, этотъ индивидуализмъ изъ области мысли переходитъ въ область дѣйствительности и достигаетъ своего апогея въ шумномъ взрывѣ французской революціи.

Но въ то самое время, когда, казалось, индивидуализмъ разрушилъ всѣ мѣшавшія ему преграды, когда, можно было думать, наступило время для творчества, для установленія новаго общественнаго строя, зародилось и противоположное ученіе. Не успѣли еще замолкнуть побѣдные клики торжествующаго индивидуализма, какъ изъ-подъ обломковъ разрушенной старины послышалась новая проповѣдь подчиненія, новый призывъ къ отреченію отъ индивидуальной свободы во имя общественнаго авторитета.

На первый разъ эта проповѣдь прозвучала въ странной и причудливой формѣ сказочнаго соціализма. Серьезные люди встрѣтили ее улыбкой; гордые проповѣдники индивидуализма не считали достойнымъ обращать на нее вниманіе. Но время шло; соціализмъ переживалъ свое дѣтство; сказка смѣнилась научной теоріей; полярныя короны и антильвы Фурье уступили мѣсто головоломнымъ формуламъ гегелевой діалектики—и съ новымъ ученіемъ уже нельзя было раздѣлаться однимъ презрительнымъ невниманіемъ. Еще шагъ дальше и соціализмъ получаетъ практическую опору: за нимъ уже слышится лязгъ желѣза и виднѣется тяжеловѣсная фигура желѣзнаго канцлера.

Соціалисты были только первыми застрѣльщиками. За ними тотчасъ же двинулись въ походъ противъ индивидуализма пестрыя полчища съ самыми разнообразными знаменами. Ожили старыя ученья, философскія и политическія, слишкомъ рано отпѣтыя индивидуализмомъ.. Раціонализму противопоставляются снова спекулятивныя и мистическія системы. Но не съ одними только старыми врагами приходится теперь бороться индивидуализму. Вооружается противъ него и новая научная теорія, порожденная тѣмъ самымъ духомъ свободнаго изслѣдованія, который освобожденъ отъ тѣснившихъ его оковъ схоластики самимъ же индивидуализмомъ.

Итакъ индивидуализмъ со всѣхъ сторонъ тѣснятъ теперь враги, отвоевывая отъ него шагъ за шагомъ господство надъ умами. И самымъ опаснымъ врагомъ индивидуализма, самымъ безпощаднымъ оказы-

вается именно позитивная доктрина. Она какъ бы говоритъ ему: уйди, ты сдѣлалъ свое дѣло, ты выполнилъ свою разрушительную миссію и тебѣ нечего болѣе дѣлать—созидать не твое дѣло. Ты освободилъ человѣческую личность изъ романтическаго плѣна средневѣковыхъ преданій. Но ей нельзя остаться свободной. Личность сама по себѣ—ничто. Это не болѣе, какъ обманъ нашего сознанія. Ея судьба служить матеріаломъ для общественной постройки, для процесса всемірной исторіи. Старый общественный строй рушился именно потому, что не установлялъ достаточнаго подчиненія личности обществу; онъ еще считался съ нравственными требованіями, онъ еще искалъ основанія и оправданія своему господству въ завѣтахъ божественной личности. Прочный и твердый общественный строй установится лишь тогда, когда будетъ подчинять себѣ стремленія отдѣльныхъ личностей съ такой же безусловностью и безпощадностью, какъ законы природы. И вотъ готовится новое подчиненіе личности еще болѣе полное, еще болѣе безусловное, чѣмъ прежде. Позитивизмъ, подобно средневѣковому ученію, отвергаетъ свободу личности и въ теоретической, и въ практической области, но на совершенно иныхъ основаніяхъ.

Средневѣковое ученіе требовало подчиненія личности авторитету во имя великаго религіознаго начала. Власть господствовала надъ личностью не во имя голой силы, а потому что каждая власть признавалась установленной Богомъ. Теперь, позитивизмъ требуетъ подчиненія личности общественной власти именно какъ силѣ, вслѣдствіе неумолимаго закона борьбы за существованіе, гдѣ всегда побѣждаетъ сильный и только сильный.

Средневѣковье не допускало свободнаго изслѣдованія тѣхъ вѣковѣчныхъ вопросовъ, въ которыхъ весь смыслъ человѣческаго знанія, которые придаютъ ему цѣну, даютъ ему жизнь. Но стѣсненная мысль человѣка находила тогда себѣ утѣшеніе по крайней мѣрѣ въ томъ, что въ ученіи церкви ей предлагалась уже готовое и лучшее рѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ. Теперь такое же вето налагаетъ на изслѣдованіе всѣхъ этихъ вопросовъ и позитивная теорія, не только не указывая другаго пути найти ихъ рѣшенія, но отвергая даже за ними всякій смыслъ. Для позитивизма самое стремленіе осмыслить индивидуальное бытіе, придать ему самостоятельное значеніе—результатъ грубаго заблужденія.

Средневѣковое порабощеніе личности было все-таки скрашено живымъ чувствомъ вѣры, чарующей мечтой о далекой странѣ чудесъ. Подчиненіе личности обществу, какого требуетъ позитивизмъ, лишено этой романтической окраски. Тутъ все реально и прозаично, и нѣтъ ни мѣста чувству вѣры, ни простора воображенію.

Словомъ, личности только что возмечтавшей о свободѣ, со всѣхъ сторонъ грозитъ новый и еще горшій плѣнъ: безъ того поэтическаго

ореола, безъ той вѣры въ лучшій міръ, что самое темное время средневѣковья скрашивали человѣку тѣснившее его иго.

Это будущее такъ непривѣтно, такъ мрачно, и вмѣстѣ съ тѣмъ оно, повидимому, такъ неизбѣжно, опирается на такіе серьезные доводы, что невольно возникаетъ сомнѣніе, не близится ли и въ самомъ дѣлѣ окончательная гибель индивидуализма? Не должны ли мы индивидуализмъ и неразрывно связанное съ нимъ право признать пережитымъ и обветшалымъ элементомъ общественной культуры? Не должны ли мы съ Огюстомъ Контомъ отвергнуть право, какъ понятіе одинаково и безсмысленное и безнравственное [1]), или если угодно сохранить названіе права, но придать ему, слѣдуя нѣмецкимъ юристамъ школы Іеринга, значеніе лишь «политики власти» [2]), видѣть сущность права не въ свободѣ личности, а въ подчиненіи ея общественному авторитету.

Правда, индивидуализмъ находитъ себѣ неизмѣннаго и надежнаго союзника въ нашемъ личномъ сознаніи. Кто не дорожитъ самостоятельностью? Кого не плѣняетъ свобода? Но и противоположное ученіе имѣетъ чѣмъ подкупить человѣка: личному индивидуальному, частному оно противопоставляетъ общее. Оно требуетъ отреченія отъ индивидуализма, какъ приводящаго къ обособленію, къ раздѣленію, къ узкому эгоизму ради общей солидарности людей.

Повидимому, вопросъ этотъ разрѣшается уже однимъ этимъ сопоставленіемъ. Возможно ли частное поставить выше общаго, индивидуальное выше общечеловѣческаго; возможно ли отрицать необходимость подчиненія общему всего частнаго и особеннаго?

Однако, я попробую это сдѣлать и начну съ вопроса, на чемъ же основывается эта необходимость предпочитать общее всему частному?

Въ нашихъ сужденіяхъ нерѣдко рѣшающее значеніе имѣютъ слова,— сами по себѣ, какъ звуки. Есть слова, которыя пугаютъ насъ; другія, напротивъ, какъ-то невольно чаруютъ наше воображеніе, хотя мы часто и сами не можемъ дать себѣ отчета въ чемъ тутъ причина. Къ такимъ плѣнительнымъ для нашего слуха словамъ относятся безъ сомнѣнія и слова общій, общность, общечеловѣческій. Мы всѣ какъ-то невольно, по привычкѣ, ставимъ все общее выше частнаго, особеннаго; приписываемъ

---

[1]) Tout droit humain est absurde autant qu'immoral. Et puisqu'il n'existe pas de droit divin, cette motion doit s'effacer complétement comme purement relative au régime préliminaire, et directement incompatible avec l'etat final qui n'admet que des devoirs d'après des fonctions. Catéchisme positiviste; p. 288.

[2]) Die Gewalt gelangt zum Recht nicht als zu etwas ihr Fremdem, das sie von ausserhalb vom Rechtsgefühl entlehnen und nicht als zu etwas Höherem, dem sie im Gefühl ihrer Inferiorität sich unterordnen müsste, sondern sie treibt das Recht als Maass ihrer selbst aus sich heraus—das Recht als *Politik der Gewalt*. Zweck im Recht, I, 2 Aufl. s. 249.

общему какое-то особенное превосходство; признаемъ за общимъ какія-то особыя права на подчиненіе ему всего частнаго, всего особеннаго.

Это превознесеніе общаго надъ частнымъ идетъ безспорно, главнымъ образомъ, отъ людей науки и не трудно понять почему именно. Въ наукѣ общее дѣйствительно занимаетъ первенствующее мѣсто, имѣетъ преобладающее значеніе. Научное знаніе есть именно обобщенное знаніе. Въ этомъ его особенность, его смыслъ, его достоинство и его несовершенство. Человѣкъ по ограниченности своей природы не въ состояніи познать всѣхъ индивидуальныхъ явленій, совершающихся во вселенной. Его непосредственному воспріятію доступна лишь незначительная часть окружающихъ его явленій. И вотъ недостатокъ конкретнаго знанія, по необходимости крайне ограниченнаго, восполняетъ ему наука, дающая только абстрактное, а потому менѣе полное, менѣе живое, но зато болѣе общее знаніе. Если бы мы были совершенны и всевѣдущи какъ боги, если бы нашему знанію было доступно все сущее въ его индивидуальномъ разнообразіи, въ его прошломъ, настоящемъ и будущемъ, научныя обобщенія стали бы для насъ совершенно излишни. Если я знаю напередъ каждое отдѣльное явленіе въ его конкректной индивидуальности, зачѣмъ мнѣ могутъ понадобиться общіе законы этихъ явленій? Но познавательная способность человѣка ограничена. Наша память не можетъ удержать въ себѣ безграничнаго множества воспріятій. Нашъ умъ не можетъ провидѣть будущее въ конкретной формѣ. Поэтому, частью для мнемоническихъ цѣлей, для бо́льшаго удобства запоминанія, частью для предвидѣнія по крайней мѣрѣ въ общей формѣ будущихъ явленій, мы обобщаемъ наше знаніе, придаемъ ему форму науки, расширяющей наше знаніе въ ущербъ его конкретности.

Значеніе научнаго знанія для человѣка стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія и спора. Но достоинство научнаго знанія не въ его общности, а въ его широтѣ. Общность и неразрывно съ нею связанная абстрактность не достоинство, а несовершенство. Если бы можно было достигнуть такой-же широты знанія, не обобщая его, а сохраняя за нимъ непосредственную конкретность, было бы еще лучше. И только потому, что это для насъ недостижимо и что, слѣдовательно, широта необходимо обусловливается общностью мы цѣнимъ и общность какъ признакъ широты.

Итакъ въ наукѣ общность есть дѣйствительно признакъ достоинства. Чѣмъ общѣе положенія науки, тѣмъ легче удержать ихъ въ памяти, тѣмъ болѣе широкій кругъ явленій объемлется ими. Но слѣдовательно и тутъ, и въ области знанія общность имѣетъ значеніе только средства, которымъ достигается широта знанія. Настоящимъ же предметомъ знанія всегда служитъ частное, индивидуальное.

Въ сферѣ практической дѣятельности это сказывается съ еще бо́ль-

шей силой. Все чѣмъ дорожитъ человѣкъ въ своей жизни, все что трогаетъ его сердце, все что придаетъ смыслъ и интересъ самой жизни—все это не общее, а индивидуальное. Если бы для насъ всѣ окружающіе люди стали безразличны, если бы всѣ условія нашей жизни слились въ одно, потеряли бы свои конкретныя особенности, если бы время не приносило съ собой новыхъ случайностей, если бы, словомъ, изъ нашей жизни исчезло все индивидуальное и у насъ не было бы на всей землѣ ни одного родного намъ уголка, ни одного дорогого намъ человѣка, ни одного завѣтнаго воспомнинанія о пережитой минутѣ счастья, наше существованіе стало бы невыносимо однообразнымъ и безсмысленнымъ, оно перестало бы быть жизнью.

Обращаясь отъ личной сферы къ общественной жизни мы находимъ то же самое. И тутъ человѣкъ ставитъ на первое мѣсто свою индивидуальную личность, свои личныя стремленія. Оцѣнка всѣхъ условій государственнаго строя и общественнаго быта дѣлается имъ именно по соображенію съ тѣмъ насколько они содѣйствуютъ осуществленію личныхъ цѣлей. Весь общественный строй является въ нашихъ глазахъ не цѣлью, а только средствомъ.

Таковы факты повседневной жизни. Но можетъ быть не такъ должно быть согласно требованіямъ нравственнаго идеала? Можетъ быть въ этой склонности общественное подчинять индивидуальному мѣрилу сказывается только нашъ эгоизмъ, долженствующій съ большимъ нравственнымъ развитіемъ уступить мѣсто полному отреченію отъ всего индивидуальнаго?

Нравственныя ученія очень разнообразны. Между ними имѣются безъ сомнѣнія и такія, которыя основаны всецѣло на полномъ отрицаніи всего индивидуальнаго. Современныя ученія нравственности тѣмъ характерно и отличаются отъ нравственныхъ ученій древности, что на первый планъ ставятъ не заботу о собственномъ блаженствѣ, а служеніе другимъ, заботу о чужомъ благѣ, любовь къ своимъ ближнимъ. Альтруизмъ составляетъ безспорно самую характерную особенность этическихъ системъ новаго времени, и нерѣдко альтруизмъ этотъ доводится до полнаго поглощенія всѣхъ индивидуальныхъ личностей единымъ великимъ существомъ—человѣчествомъ.

Однако, если мы обратимся къ первоосновѣ всего современнаго альтруизма, къ нравственному ученію Христа, мы увидимъ нѣчто иное. Христіанское ученіе требуетъ любви ко всѣмъ нашимъ ближнимъ, но оно не превращаетъ нашихъ ближнихъ въ какой-то безжизненный абстрактъ, въ отвлеченную, общую идею. Христіанство учитъ насъ любить людей именно какъ живыхъ, конкретныхъ, индивидуальныхъ личностей, во всемъ ихъ частномъ разнообразіи, со всѣми ихъ достоинствами и пороками, въ ихъ величіи и въ ихъ пошлости. И самъ великій Учитель

евангельской истины показалъ намъ своимъ примѣромъ, что все частное, все индивидуальное, какъ бы оно ни было мелко и ничтожно, храня въ себѣ зерно жизни, достойно нашего вниманія и любви. Придя на землю съ великой задачей спасти міръ, Онъ не проходилъ безучастно мимо даже самыхъ мелкихъ явленій индивидуальной человѣческой жизни, встрѣчавшихся Ему на пути Его великаго служенія.

Въ этомъ признаніи достоинства и значенія частнаго и индивидуальнаго и заключается великая правда и великая сила христіанской нравственности. Это ученіе жизни, это нравственный законъ живыхъ личностей, а не отвлеченныхъ, безжизненныхъ понятій.

То же самое находимъ мы и въ религіи. Отвлеченный богъ деизма или абстрактное непознаваемое позитивизма по необходимости остаются лишенными всякой жизненной силы, всякой власти надъ нашею волею. Мы можемъ ихъ допускать, какъ необходимое восполненіе оставляемаго научною мыслію пробѣла, но имъ нельзя вѣрить. Наполнить наши сердца любовію, творить чудеса можетъ только живой и личный Богъ.

Итакъ, во всѣхъ сферахъ человѣческой жизни, въ знаніи, въ нравственности, въ религіи—вездѣ главнымъ и существеннымъ представляется не общее, а индивидуальное. Обобщеніе только средство, къ которому человѣкъ прибѣгаетъ, чтобы расширить свое знаніе, свою волю, свое чувство. Но основу и цѣль жизненной дѣятельности всегда и во всемъ составляетъ индивидуальное.

Наше сознаніе ставитъ нашей жизни слишкомъ много и слишкомъ широкихъ задачъ; наши стремленія такъ безпредѣльны, что не умѣщаются въ тѣсныхъ предѣлахъ, отведенныхъ человѣческому существованію. Въ этомъ трагизмъ человѣческой жизни, но въ этомъ и ея смыслъ, и ея обаяніе. Кому нечѣмъ переполнить свою жизнь, тому не зачѣмъ и жить.

То же самое повторяется и въ общественной жизни. И здѣсь тотъ же избытокъ идей, стремленій, задачъ, интересовъ. Каждая индивидуальная мысль съ жадностью стремится все обнять, все захватить; каждая индивидуальная воля стремится всему поставить свои цѣли и задачи, подчинить всю общественную жизнь своимъ идеаламъ. И каждый борется за свои идеи, за свои интересы, и въ результатѣ получается непрерывное историческое развитіе, все шире и полнѣе раскрывающее смыслъ и содержаніе человѣческой жизни. Если бы когда-нибудь замолкли индивидуальныя стремленія, если бы когда-нибудь прекратилась ихъ борьба между собой, тогда неизбѣжно остановилось бы и всякое общественное развитіе. Общественная жизнь тогда бы замерла. Для жизни, для развитія необходимы эти противорѣчащія, сталкивающіяся между собой стремленія отдѣльныхъ личностей къ исключительному осуществленію своихъ идей, своихъ интересовъ, потому что безъ борьбы нѣтъ жизни.

Между тѣмъ развитіе общественной культуры неуклонно ведетъ все

къ большему и большему сплоченію индивидовъ въ общественные агрегаты, къ тому что все въ человѣческой жизни получаетъ все больше и больше общественный характеръ. Общественное развитіе идетъ, такъ сказать, рука объ руку съ общественной интеграціей. Во всѣхъ сферахъ человѣческой жизни все усиливается начало сотрудничества. То что прежде дѣлалось отдѣльною личностью за свой личный страхъ теперь становится общимъ дѣломъ все ростущихъ и расширяющихся общественныхъ группъ. Человѣкъ на каждомъ шагу видитъ себя связаннымъ тысячью культурныхъ нитей, съ другими людьми. Онъ постоянно и неизбѣжно пользуется плодами дѣятельности другихъ и самъ дѣйствуя не можетъ не дѣйствовать вмѣстѣ съ тѣмъ и для другихъ. Культура вноситъ во всю общественную жизнь какъ бы взаимное страхованіе, все соединяя и обобщая. Случайныя неудачи, опасности, бѣдствія не падаютъ въ культурномъ обществѣ на отдѣльныхъ только личностей или на отдѣльныя только мѣстности, но распредѣляются въ своихъ послѣдствіяхъ между всѣми и потому дѣлаются для каждаго менѣе чувствительными. Общественныя бѣдствія теряютъ свой острый характеръ, но дѣлаются болѣе хроническими. Такъ, чтобы не ходить далеко за примѣромъ, неурожай въ странахъ болѣе высокой общественной культуры не порождаетъ голода. Большее развитіе обрабатывающей промышленности, и въ особенности обиліе накопленныхъ ранѣе капиталовъ даетъ имъ возможность съ большею легкостью парализовать вредныя послѣдствія неурожая. Но послѣдствія эти и тамъ не уничтожаются вовсе, а только изъ острыхъ превращаются въ хроническія. Накопленіе капиталовъ не дается само собой. Въ теченіи долгихъ лѣтъ многимъ тысячамъ приходилось отказывать себѣ во всякомъ излишкѣ и даже прямо не доѣдать, для того чтобы сдѣлать осуществимымъ то обиліе накопленныхъ капиталовъ, которыми Западная Европа теперь хвалится передъ нами.

То же самое мы увидимъ и въ другомъ, благѣ приносимомъ культурнымъ развитіемъ— въ упроченіи мирнаго порядка. Войны теперь стали, дѣйствительно, несравненно рѣже и короче чѣмъ въ старое время, но эта выгода покупается цѣною содержанія и въ мирное время огромныхъ армій тяжелымъ бременемъ ложащихся и на государственный бюджетъ, и на народное благосостояніе. Если теперь менѣе человѣческихъ жизней гибнетъ отъ руки врага, за то чуть не все населеніе государства лучшіе годы жизни принуждено проводить въ казармахъ и тогда, когда миру ничто не угрожаетъ.

Повторяю, развитіе общественной культуры не уничтожаетъ народныхъ золъ и бѣдъ, но только придаетъ имъ болѣе хроническій, менѣе острый характеръ. Въ этомъ, конечно, не малая выгода. Хроническая болѣзнь чувствуется не такъ сильно, ее легче переносить, съ ней удобнѣе бороться уже потому, что получается выигрышъ времени: есть когда

одуматься и приготовиться къ необходимымъ мѣрамъ. Но если въ общественной жизни все получитъ хроническій характеръ, если послѣдствія всего переживаемаго обществомъ будутъ распредѣляться на длинные промежутки времени, общественная жизнь рискуетъ опасностью прійти въ такое устойчивое равновѣсіе, что сдѣлается невозможнымъ никакое движеніе впередъ. Слишкомъ уравновѣшенная общественная культура неизбѣжно обречена на китайскую неподвижность.

Для устраненія этой опасности и является надобность въ правѣ, оберегающемъ все частное, индивидуальное, окружающемъ индивида, какъ предохранительною сѣтью, цѣлой системой юридическихъ нормъ.

Право по самому своему существу не допускаетъ подчиненія всей общественной жизни какому-нибудь одному господствующему интересу. Право необходимо предполагаетъ противоположеніе нѣсколькихъ самостоятельныхъ интересовъ, другъ другу противупоставляемыхъ и другъ друга ограничивающихъ. Назначеніе права и заключается именно въ разграниченіи сталкивающихся между собой интересовъ. Вопросъ о правѣ только тогда и возникаетъ, когда одному призванному интересу противополагается другой такъ же признанный и также требующій для себя обезпеченія возможности осуществленія. Если какому либо одному интересу придается безусловное значеніе и ему не противополагаются, а подчиняются всѣ другіе, то получается безправное состояніе, принимающее въ государственномъ быту форму деспотіи, въ частномъ быту — форму рабства. Напротивъ, развитіе права выражается въ признаніи все большаго и большаго круга интересовъ, которые всѣ получаютъ самостоятельное значеніе, которымъ всѣмъ обезпечивается возможность осуществленія, конечно, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, установляемыхъ разграничивающими ихъ юридическими нормами.

Такъ въ древности гражданское право обращало вниманіе исключительно на интересъ возможно большаго обезпеченія неуклоннаго взысканія долга и совершенно игнорировало интересы должника. Поэтому древнія законодательства относятся къ должнику съ необычайной суровостью, доходившей въ римскомъ правѣ до права кредиторовъ разсѣкать неисправнаго должника на части. Теперь этому одностороннему интересу противопоставляются интересы должника, въ которомъ и при его неисправности видятъ все-таки человѣка: и вотъ не только охраняется неприкосновенность его тѣла, но и его свобода и даже неприкосновенность необходимыхъ орудій его промысла, которыя не могутъ быть обращены на покрытіе долга.

Такъ античныя государства совершенно поглощали собою личность гражданина, который никакихъ правъ не могъ противопоставить безграничному всемогуществу государства. А современная государственная жизнь

не мыслима безъ признанія извѣстныхъ правъ гражданской свободы, неприкосновенныхъ и для самой государственной власти.

Такъ въ старое время война влекла за собой полное безправіе. Противъ врага считалось все дозволеннымъ. А въ современныхъ войнахъ все расширяется кругъ лицъ и предметовъ, пользующихся полною нейтральностью независимо отъ ихъ непріятельской національности, и такимъ образомъ даже за врагами признаются извѣстныя права.

Упроченіе и развитіе права приводитъ къ тому, что вся масса разнообразныхъ интересовъ, составляющихъ содержаніе человѣческой жизни, получаетъ себѣ признаніе и взаимно разграничивается. Поэтому каждое индивидуальное стремленіе находитъ себѣ въ развитомъ правовомъ быту возможность извѣстнаго осуществленія на ряду съ другими. Благодаря праву, господствующіе культурные интересы данной эпохи не подавляютъ собою всѣхъ другихъ, а напротивъ, и имъ отмежевывается извѣстная сфера проявленія. Если бы права не было, данный культурный строй быть можетъ получилъ бы болѣе полное осуществленіе, его основныя начала проявились въ болѣе послѣдовательной и безусловной формѣ. Но за то право оберегаетъ элементы будущаго прогрессивнаго развитія, спасая разнообразные индивидуальные интересы отъ поглощенія ихъ однимъ господствующимъ въ данный моментъ интересомъ.

Итакъ, право должно быть признано необходимымъ элементомъ общественной культуры. Культурное развитіе выражается въ расширеніи и усиленіи общественнаго элемента: теоретическое и техническое знаніе, нравственные навыки, скопленіе капиталовъ, общественныя учрежденія, содѣйствующія человѣку въ его разнообразной дѣятельности, — все это является общественнымъ достояніемъ, всѣмъ этимъ надѣляетъ человѣка окружающая его общественная среда. Но все это—только средство. Цѣль и основа жизни только въ индивидуальномъ. И вотъ для того, чтобы исторически вырабатываемая общественная культура не утратила своей жизненности, чтобы она не замерла въ неподвижномъ застоѣ, необходимо, чтобы цивилизація включала въ себѣ и право, обособляющее и оберегающее индивидуальное.

И въ томъ общемъ дѣлѣ, которое собрало насъ здѣсь сегодня, въ этой борьбѣ съ народной невзгодой, общія идеи могутъ нами руководить, могутъ указать намъ средства борьбы, но для того чтобы явиться въ этой борьбѣ достойнымъ дѣятелемъ, надо въ самомъ себѣ носить живое индивидуальное чувство, которое можетъ развиться и окрѣпнуть въ обществѣ только подъ охраною права.

22 ноября 1891 года.
Александровскій Лицей.

Значеніе Свода Законовъ.

I.

Сводъ Законовъ, вотъ уже шестьдесятъ лѣтъ служащій главной основой нашего законодательства, представляетъ собою совершенно своеобразное, можно сказать, безпримѣрное явленіе. Нигдѣ въ другихъ государствахъ не было и нѣтъ подобнаго собранія законовъ. Не смотря на это, особенности юридической природы Свода остаются до сихъ поръ совершенно невыясненными. Въ эпоху составленія Свода наше юридическое образованіе стояло такъ низко, что выясненіе ихъ было-бы, можетъ быть, не подъ силу тогдашнимъ юристамъ, а современные русскіе юристы, сами воспитавшіеся на Сводѣ, привыкшіе къ нему, какъ-то вовсе не замѣчаютъ его своеобразныхъ особенностей.

Обыкновенно довольствуются простымъ указаніемъ, что Сводъ представляетъ собою не *кодификацію*, не свободную переработку самаго содержанія законодательства, съ цѣлью придать ему внутреннее единство и цѣльность, а *только инкорпорацію*, простой сводъ исторически накопившагося законодательнаго матеріала, лишь внѣшнимъ образомъ систематизированнаго.

Понятія кодификаціи и инкорпораціи заимствованы нами у западныхъ юристовъ, но тѣ понимаютъ подъ инкорпораціей нѣчто существенно отличающееся отъ нашего Свода. Для нихъ типичнымъ примѣромъ инкорпораціи служатъ Дигесты и Кодексъ Юстиніана.

Оба эти сборника составлены путемъ сознательнаго выбора изъ сочиненій юристовъ и императорскихъ постановленій, при чемъ выбиралось не всегда только позднѣйшее, а несомнѣнно обращалось вниманіе на содержаніе предназначавшагося къ включенію въ сборникъ. Напротивъ, при составленіи нашего Свода строго держались чисто механическаго порядка предпочтенія всегда позднѣйшихъ законовъ. Сперанскій, принявъ вообще въ руководство формулированныя Бэкономъ правила инкорпораціи, прямо оговаривается, что отъ правила: «изъ законовъ противорѣчащихъ избирать тотъ, который лучше другихъ», онъ счелъ

нужнымъ отступить. «Сводъ преступилъ-бы свои границы, еслибы сочинители его приняли на себя судить, который изъ двухъ противорѣчащихъ законовъ лучше. У насъ на сіе есть другое правило: изъ двухъ несходныхъ между собою законовъ надлежитъ слѣдовать позднѣйшему, не разбирая, лучше-ли онъ или хуже прежняго: ибо прежній считается отрѣшеннымъ тѣмъ самымъ, что постановленъ на мѣсто его другой; и сего одного правила положено въ Сводѣ держаться со всею точностью» [1]). Поэтому Сперанскій и не считалъ вовсе Сводъ и сборники Юстиніана однородными сборниками. Напротивъ, онъ прямо противополагаетъ Сводъ, «который, представляя буквальный смыслъ закона прежняго безъ всякаго его измѣненія, не закрываетъ, но напротивъ указуетъ его источники»; тѣмъ сборникамъ, которыми «по примѣру Юстиніанову отмѣняется все прежнее, закрываются всѣ другіе источники законодательства». Такимъ образомъ, въ отличіе отъ сборниковъ Юстиніана Сводъ не отмѣнялъ и не закрывалъ собою прежняго, почему и сопровождался «полнымъ собраніемъ самаго текста законовъ» [2]), чего мы не встрѣчаемъ въ другихъ примѣрахъ инкорпорацій.

Этимъ своеобразнымъ отношеніемъ Свода къ прежнему законодательному матеріалу объясняется и то, что Сводъ не былъ утвержденъ законодательнымъ порядкомъ. Первое изданіе Свода было, правда, «представлено» Государственному Совѣту, но оно не было вносимо на его обсужденіе. Своду было посвящено всего одно засѣданіе общаго собранія подъ предсѣдательствомъ императора Николая, и при этомъ на обсужденіе Совѣта было предложено не самое содержаніе Свода, а только вопросъ о порядкѣ введенія его въ дѣйствіе.

Въ журналѣ общаго собранія 19-го января 1833 г. прямо указано, что послѣ предварительныхъ объясненій самого Государя относительно помѣщенія въ Сводѣ «по собственному Его Величества повелѣнію основныхъ законовъ, собственно до Него и до Августѣйшаго Дома Его относящихся», и послѣ прочтенія обозрѣнія историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Государь «предложилъ на особенное уваженіе Совѣта» только четыре различныя предположенія относительно силы дѣйствія Свода [3]).

Послѣдующія изданія и продолженія Свода вовсе не представлялись Государственному Совѣту и составлялись учрежденіями, вовсе чуждыми законодательныхъ функцій: сначала II-мъ Отдѣленіемъ Собственной Е. И. В. Канцеляріи, преобразованнымъ въ 1882 г. въ Кодификаціонный Отдѣлъ.

Но и этимъ еще не исчерпываются особенности нашего Свода. При

---

[1]) Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ, 1837, стр. 109.

[2]) Обозрѣніе истор. свѣдѣній, стр. 100.

[3]) Журналы Общаго Собранія, 1831—1872 гг., лл. 89—95.

составленіи Дигестъ и Кодекса Юстиніана имѣлось ввиду составить ихъ разъ навсегда, какъ законченные сборники. Не только новыя сочиненія юристовъ не включались въ Дигесты послѣ ихъ составленія и изданія, но точно также новыя императорскія конституціи уже не вносились въ Кодексъ, а составили особый сборникъ Новеллъ. Напротивъ, нашъ Сводъ былъ задуманъ и составленъ не какъ законченный сборникъ, а какъ *текущее собраніе* законовъ въ ихъ постепенномъ развитіи. Составляя Сводъ, Сперанскій не думалъ создать въ немъ новый и временный законъ, который бы могъ обрости затѣмъ послѣдующими узаконеніями, а потомъ и замѣниться ими. Сводъ былъ задуманъ, какъ постоянная, неизмѣнная форма всего текущаго законодательства, такъ что весь вновь накопляющійся законодательный матеріалъ долженъ былъ кристаллизироваться въ этой разъ навсегда установленной формѣ [1]).

Всѣ эти особенности Свода на столько существенны, что признаніе его инкорпораціей, подобно Юстиніанову кодексу, неизбѣжно должно привести къ совершенно несообразнымъ выводамъ. Такъ и случилось дѣйствительно съ единственнымъ изъ нашихъ юристовъ, не ограничившимся только названіе Свода инкорпораціей, но, попытавшимся сдѣлать изъ такого опредѣленія юридическаго значенія Свода послѣдовательные практическіе выводы. Я говорю о проф. Цитовичѣ. Въ своемъ «Курсѣ русскаго гражданскаго права» (томъ I, вып. 1, 1878) онъ не обинуясь признаетъ статьи Свода новыми законами, обнародованными за одинъ разъ манифестомъ 31-го января 1833 г., и потому совершенно послѣдовательно утверждаетъ слѣдующее: «а) Та или другая статья получила свою силу не изъ того закона или законовъ, откуда она извлечена или помѣчена таковой, но изъ обнародованія ея въ составѣ Свода законовъ. b) Смыслъ каждой статьи—такой, какой она получила изъ собственнаго текста, а не такой, какой имѣли отдѣльныя узаконенія, изъ которыхъ она извлечена. c) Та или другая статья Свода имѣетъ силу и тогда, когда она даже не извлечена ни изъ какого узаконенія, хотя, быть можетъ, и показана извлеченною по ошибкѣ или недоразумѣнію» (стр. 10, 11). Того же самаго взгляда г. Цитовичъ держится и относительно послѣдующихъ изданій Свода, признавая каждое изъ нихъ новымъ Сводомъ [2]).

---

[1]) О силѣ и дѣйствіи Свода (Архивъ истор. и практ. свѣдѣній, *Калачова*, 1861, кн. VI, стр. 2): «По теченію дѣлъ, по мѣрѣ возникающихъ нуждъ и обстоятельствъ законы измѣняются и усовершаются. Сводъ не токмо не преграждаетъ, но и долженъ способствовать сему постепенному ихъ усовершенію. Онъ долженъ слѣдовать за симъ движеніемъ законодательства и, единожды установивъ все прошедшее, онъ долженъ постоянно и ежегодно собирать и приводить въ тотъ же порядокъ все вновь исходящее. Такимъ образомъ законы сохраняемы будутъ непрерывно въ наличной, такъ сказать, ихъ извѣстности, и при всѣхъ измѣненіяхъ въ частяхъ ихъ будутъ всегда представлять одно цѣлое».

[2]) При этомъ г. Цитовичъ такъ увлекся своею мыслью, что утверждаетъ, будто

Всѣ эти положенія проф. Цитовича, представляющіяся строго послѣдовательными выводами изъ признанія Свода инкорпораціей, подобной Юстиніанову кодексу, совершенно противорѣчатъ, однако, тому, что у насъ существуетъ на дѣлѣ. Новыя статьи Свода и его продолженій признаются у насъ дѣйствующими не съ момента обнародованія новыхъ изданій Свода и Продолженій къ нему, а съ момента обнародованія тѣхъ узаконеній, изъ которыхъ онѣ извлечены. Точно также за кодификаціонными ошибками не признается вовсе законоуставительной силы, и не точный смыслъ законоположеній заурядъ возстановляется свѣркой съ подлиннымъ текстомъ законовъ. Такъ, еще въ 1885 году во внесенномъ въ Государственный Совѣтъ представленіи Кодификаціоннаго Отдѣла о планѣ его трудовъ по разработкѣ Свода Законовъ, прямо указывалось, что «такъ какъ въ новомъ изданіи столь обширнаго и сложнаго сборника нельзя не предвидѣть неточностей, ошибокъ и редакціонныхъ недосмотровъ, то само собою разумѣется, что эти ошибки, неточности и недосмотры не должны быть обязательны для практики».

Не согласуется съ выводами проф. Цитовича и то, что было установлено касательно отношенія Свода и его источниковъ и при введеніи въ дѣйствіе перваго изданія Свода. Проф. Цитовичъ вынужденъ признать, что опредѣляющій силу Свода манифестъ 31-го января 1833 года съ его точки зрѣнія оказывается неточнымъ (стр. 10), и «неточность» эту исправляетъ исключительно на основаніи разсказа Корфа о засѣданіи Государственнаго Совѣта, въ которомъ Совѣту былъ представленъ Сводъ [1]).

II.

Если сличить этотъ разсказъ Корфа съ подлиннымъ журналомъ Государственнаго Совѣта 19-го января 1833 года, онъ оказывается самъ далеко неточнымъ и неполнымъ.

Изложеніе *трехъ* различныхъ предположеній о силѣ дѣйствія Свода и доводы противъ третьяго изъ этихъ предположеній взяты Корфомъ не изъ журнала государственнаго совѣта, а изъ записки Сперанскаго «О силѣ и дѣйствіи Свода» [2]). Но только Сперанскій въ своей запискѣ от-

---

«понятно, нынѣшній Сводъ законовъ, то-есть, изд. 1857 г., составленъ *повелѣніемъ* Александра II, а не Николая I» (стр. 16). Еслибы почтенный профессоръ потрудился обратить вниманіе на заголовки новыхъ изданій Свода, онъ бы убѣдился, что во всѣхъ изданіяхъ Сводъ одинаково называется Сводомъ, повелѣніемъ императора Николая I составленнымъ. Таковъ заголовокъ даже новаго XVI тома.

[1]) Жизнь графа Сперанскаго, стр. 318—319.

[2]) Она составляла собственно III часть «Обозрѣнія историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ», составленнаго Сперанскимъ, но не вошла въ оффиціальное изданіе этого Обозрѣнія, потому, конечно, что по вопросу о силѣ дѣйствія Свода Сперанскій, какъ мы увидимъ ниже, остался въ меньшинствѣ. Записка эта напечатана въ Архивѣ

даетъ рѣшительное предпочтеніе второму предположенію: «признать статьи Свода закономъ, но не единственнымъ и не исключительнымъ, но дѣйствующимъ въ тѣхъ только случаяхъ, гдѣ нѣтъ сомнѣнія ни о существованіи закона, ни о смыслѣ его; какъ же скоро предстоитъ сіе сомнѣніе, то прибѣгать къ самому тексту закона и разрѣшать его предпочтительно по сему тексту».

Въ пользу такого разрѣшенія вопроса Сперанскій приводилъ весьма убѣдительные доводы. Указавъ, что признаніе за Сводомъ исключительнаго дѣйствія представляло бы удобство простоты, и что въ пользу такого порядка говоритъ и примѣръ Юстиніана, постановившаго «не считать закономъ, чего нѣтъ въ Сводѣ», онъ перечисляетъ затѣмъ связанныя съ этимъ неудобства. Вопервыхъ—для частныхъ лицъ: «если въ Сводѣ пропущенъ или измѣненъ будетъ законъ, или какое-либо распоряженіе закона, повидимому, маловажное, но для частнаго лица, въ защиту правъ его служащее, тогда право, закономъ ему данное, Сводомъ будетъ нарушено; онъ можетъ потерпѣть ущербъ отъ того единственно, что форма закона измѣнилась. Вѣроятно, что случаи сего рода будутъ весьма рѣдки, но вѣроятность не есть достовѣрность, а тамъ, гдѣ дѣло идетъ о твердости и неприкосновенности пріобрѣтенныхъ правъ, огражденіе ихъ должно быть достовѣрно».

Напротивъ, если «допустить текстъ закона какъ въ случаѣ пропуска его въ Сводѣ, такъ и въ случаѣ сомнѣнія въ смыслѣ, и не только какъ вспомогательное средство поясненія, но и какъ самое основаніе рѣшенія, и слѣдственно не по одной статьѣ Свода рѣшится дѣло, но въ случаяхъ сомнительныхъ по соображенію съ самимъ закономъ, симъ устраняется для частныхъ лицъ всякое опасеніе, что въ правѣ ихъ отъ перемѣны внѣшней формы закона можетъ послѣдовать какое либо измѣненіе, ибо въ защиту своего права они могутъ приводить не только статьи Свода, но и самый текстъ закона, если считаютъ его для себя выгоднѣйшимъ или находятъ, что онъ пропущенъ въ Сводѣ». Затѣмъ указываются неудобства и для присутственныхъ мѣстъ, заключающіяся, по мнѣнію Сперанскаго, въ томъ, что признаніе исключительнаго дѣйствія Свода умножитъ случаи представленія сомнѣній на разрѣшеніе высшихъ мѣстъ. Въ другихъ государствахъ этого неудобства нѣтъ, такъ какъ тамъ «на случай недостатка закона совсѣмъ другое правило: судья, не взирая на сей недостатокъ, обязанъ рѣшить дѣло по здравому смыслу, то-есть, по общимъ началамъ законовѣдѣнія; а какъ законовѣдѣніе у нихъ есть наука, и наука, уже въ практику перешедшая и значительнымъ сословіемъ законо-

---

историч. и практич. свѣдѣній, относ. до Россіи. *Калачова*, 1861, кн. VI, стр. 1—8. Мѣста, взятыя изъ нея Корфомъ, на стр. 2 и 6.

вѣдовъ поддерживаемая, то и нѣтъ тамъ опасности допустить сіе правило» [1]).

Таково было рѣшеніе вопроса объ отношеніи статей Свода къ подлинному тексту законовъ, предлагавшееся Сперанскимъ въ третьей части его «Обозрѣнія свѣдѣній о Сводѣ Законовъ», прочитанной въ началѣ засѣданія Совѣта 19-го января [2]).

Однако, на обсужденіе общаго собранія были затѣмъ предложены Государемъ не три намѣченныхъ Сперанскимъ предложенія относительно опредѣленія силы Свода, а *четыре*, и при томъ не такъ ясно формулированныхъ, какъ это было сдѣлано въ запискѣ Сперанскаго. Въ подлинномъ журналѣ общаго собранія предположенія эти записаны такъ:

«1-е. Признать ли статьи Свода единственнымъ основаніемъ въ рѣшеніи, такъ что бы текстъ законовъ служилъ только доказательствомъ источниковъ, изъ коихъ статьи составлены, но не былъ бы самъ собою въ дѣлахъ употребляемъ?» [3]).

«2-е. Признать ли статьи Свода закономъ дѣйствующимъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ постановить, чтобы въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ случаяхъ можно было обращаться къ самому тексту закона и въ немъ искать разрѣшенія?» [4]).

«3-е. Признать ли прежній текстъ закона единственнымъ и исключительнымъ основаніемъ рѣшенія, а статьи Свода считать ли токмо средствомъ совѣщательнымъ къ пріисканію ихъ и къ познанію ихъ смысла?» [5]).

«4-е. Признать ли въ теченіе нѣкотораго опредѣленнаго времени текстъ закона основаніемъ къ рѣшенію, какъ онъ признается и нынѣ, но въ тоже время постановить, чтобы вмѣстѣ съ нимъ приводимы были статьи Свода, имъ соотвѣтствующія?» [6]).

Затѣмъ безъ всякаго изложенія мотивовъ въ журналѣ сказано только: «послѣ многихъ и продолжительныхъ разсужденій Государственный Совѣтъ единогласно призналъ, что во всѣхъ отношеніяхъ полезно и достоинству правительства соотвѣтственно издать Сводъ въ видѣ законовъ, коимъ въ рѣшеніяхъ исключительно руководствоваться должны» [7]). И въ заключеніе положено: «Сводъ издать нынѣ же и разослать во всѣ правительственныя мѣста».

---

[1]) О силѣ и дѣйствіи Свода, стр. 3—5.

[2]) Журналы общаго собранія, 1831—1872 гг., л. 94.

[3]) Это дословное повтореніе того, какъ формулировано *первое* предположеніе у Сперанскаго.

[4]) Болѣе ясная формулировка этого втораго предположенія Сперанскимъ, который самъ и отстаивалъ его, приведена выше.

[5]) Это предположеніе формулировано точно также и у Сперанскаго.

[6]) Такого предположенія записка Сперанскаго вовсе не предусматривала.

[7]) Журналы общаго собранія, 1831—1872 гг., л. 96.

Такъ какъ мы знаемъ, что Сперанскій былъ противъ признанія за Сводомъ исключительной силы и въ своей запискѣ, прочитанной въ Совѣтѣ, весьма обстоятельно доказывалъ необходимость признать Сводъ дѣйствующимъ лишь наряду съ подлиннымъ текстомъ законовъ, то такое единогласное и при томъ ничѣмъ не мотивированное заключеніе Совѣта не можетъ не казаться страннымъ.

Разгадка этой странности, повидимому, заключается въ томъ, что единогласіе въ данномъ случаѣ было дѣломъ простаго недоразумѣнія. Соглашаясь всѣ на словахъ, члены Государственнаго Совѣта имѣли при этомъ въ виду далеко не одно и то же. Это обнаружилось при подписаніи журнала засѣданія.

Когда 26-го января прочитанъ былъ журналъ, содержавшій изложеніе единогласнаго мнѣнія Совѣта, изъ 32 членовъ только 19 [1]) «признали изложеніе онаго правильнымъ и вѣрно составленнымъ». Другіе же 13 членовъ [2]), и въ томъ числѣ Сперанскій, «отозвались, что они слова *разослать Сводъ* принимали въ томъ смыслѣ, чтобъ разослать къ руководству по полученіи Свода совокупно съ дѣйствующими законами».

Объ этомъ разногласіи былъ составленъ особый журналъ, на которомъ Императоръ сдѣлалъ карандашемъ слѣдующую надпись: «Журналъ составленъ совершенно правильно согласно моимъ намѣреніямъ, въ Совѣтѣ изложеннымъ. Сводъ разсылается нынѣ же, какъ *положительный законъ* [3]), котораго исключительное дѣйствіе *начнется съ 1-го генваря 1835 года.* Руководствоваться онымъ *нынѣ же* дозволяется *только* въ такомъ смыслѣ, что подъ каждою статьею означены *всѣ* законы, которые до каждаго предмета касаются и которые по нынѣшней формѣ судопроизводства *всѣ* въ приговорѣ или опредѣленіи прописаны быть должны, но отнюдь не выписывая *собственной статьи Свода*, котораго законная сила начинается съ 1835 года».

Такимъ образомъ вопросъ объ измѣненіи журнала 19 января Высочайшей резолюціей былъ устраненъ. Но не могло быть сглажено этимъ внутреннее противорѣчіе, содержавшееся въ журналѣ. Вся постановка дѣла была направлена именно къ тому, чтобы не дѣлать изъ Свода новаго закона, а только дать въ немъ новую форму прежнему законодательству. И въ самомъ журналѣ 19 января цѣлью составленія Свода указано:

---

[1]) В. К. Михаилъ Павловичъ, гр. Витгенштейнъ, кн. Лобановъ-Ростовскій, гр. Литта, кн. Голицынъ 1-й, гр. Толстой, Пашковъ, Эссенъ, гр. Васильчиковъ, гр. Нессельроде, гр. Чернышевъ, кн. Ливенъ, гр. Канкринъ, кн. Долгорукій, гр. Грабовскій, кн. Меньшиковъ, Вилламовъ, Блудовъ и Дашковъ.

[2]) Мордвиновъ, гр. Головкинъ, кн. Волконскій, Сукинъ, кн. Голицынъ 2-й, Рожнецкій, гр. Голенищевъ-Кутузовъ, гр. Красинскій, Кушниковъ, Сперанскій, Энгель, кн. Друцкій-Любецкій, гр. Толь.

[3]) Курсивомъ напечатаны подчеркнутыя въ подлинной надписи слова.

«чтобъ не созидать новыхъ законовъ, но собрать и привести въ порядокъ старые». Но если таково назначеніе Свода, онъ не можетъ получить исключительной силы дѣйствія, влекущей за собою неизбѣжно отмѣну имъ всѣхъ старыхъ законовъ и, слѣдовательно, именно замѣну ихъ однимъ новымъ закономъ—Сводомъ.

Въ прямомъ противорѣчіи признанію Свода новымъ закономъ, получающимъ исключительное дѣйствіе, оказывается также и заключающееся въ томъ же самомъ журналѣ постановленіе о производствѣ негласной ревизіи Свода «для повѣрки при производствѣ новыхъ дѣлъ, не откроется ли какихъ противорѣчій между законами, въ Сводѣ приведенными, или пропусковъ». Подобная ревизія, очевидно, не могла бы имѣть мѣста, еслибы манифестомъ 31 января Сводъ былъ утвержденъ, какъ новый законъ, исключающій и замѣняющій собой всѣ прежніе. Повѣрять послѣ составленія и изданія Свода его содержаніе съ точки зрѣнія соотвѣтствія его прежнимъ законамъ имѣло смыслъ лишь подъ условіемъ признанія Свода только новой формой старыхъ законовъ, ничего въ ихъ содержаніи не мѣняющей.

Наконецъ, и самыя условія введенія Свода въ дѣйствіе, также противорѣчатъ признанію за нимъ значенія новаго закона, отмѣняющаго собою прежніе. Если бы Сводъ былъ новымъ закономъ, онъ долженъ бы былъ примѣняться лишь къ дѣламъ, *возникшимъ* послѣ введенія его въ дѣйствіе 1-го января 1835 г. Между тѣмъ въ дѣйствительности его предписано было примѣнять ко всѣмъ дѣламъ, находившимся въ производствѣ послѣ этого срока, хотя бы они возникли задолго до введенія Свода въ дѣйствіе. Очевидно, при этомъ исходили изъ той мысли, что, примѣняя Сводъ, примѣняютъ не новый законъ, а все тѣ же старые, только въ новой формѣ.

Эти противорѣчія, не сглаженныя въ журналѣ 19 го января, отразились и въ составленномъ на основаніи его манифестѣ 31-го января 1833 года. И въ немъ Своду присвоивается одновременно значеніе и новаго закона (п. 2) и только новой формы старыхъ законовъ (п. 4).

Все это должно было привести къ большимъ затрудненіямъ, когда пришлось ближайшимъ образомъ опредѣлять порядокъ введенія Свода въ дѣйствіе, а вмѣстѣ съ тѣмъ и отношеніе его къ подлинному тексту законовъ.

Представляя Продолженія къ Своду за 1832 и 1833 годы, Сперанскій докладывалъ Государю, между прочимъ, о необходимости подробнаго наставленія при употребленіи Свода въ производствѣ дѣлъ и о порядкѣ поясненія и дополненія законовъ при дѣйствіи Свода и испросилъ Высочайшее соизволеніе на составленіе подробной записки.

Однако, въ составленномъ Сперанскимъ проектѣ «подробнаго наставленія о приложеніи и употребленіи статей Свода въ производствѣ

дѣлъ» вопросъ объ отношеніи статей Свода къ подлинному тексту законовъ не былъ прямо разрѣшенъ. Въ ст. 8 говорилось лишь слѣдующее: «По силѣ манифеста 31-го января 1833 г. порядокъ поясненія и дополненія закона, въ случаяхъ его неясности или недостатка, сохраняется тотъ же, какой существовалъ донынѣ, посему въ приложеніи статей Свода къ производству дѣлъ, когда встрѣтится въ нихъ какое-либо важное недоумѣніе, или не найдено въ нихъ будетъ на предлежащій случай яснаго закона, тогда порядкомъ, для сего установленнымъ, представить о семъ по начальству; но при семъ всѣмъ правительственнымъ и судебнымъ мѣстамъ подтверждается не прежде приступать къ таковымъ представленіямъ, какъ по прилежномъ изысканіи и соображеніи всѣхъ статей Свода, къ дѣлу относящихся, удостовѣряясь съ точностью о дѣйствительномъ недостаткѣ или неясности закона».

Такъ какъ изъ записки Сперанскаго «О силѣ и дѣйствіи Свода» видно, что онъ весьма отчетливо представлялъ себѣ вопросъ объ отношеніи статей Свода къ подлинному тексту законовъ, то невозможно допустить въ данномъ случаѣ безсознательный съ его стороны пропускъ этого важнаго вопроса. Надо думать, что онъ считалъ только недостижимымъ сколько-нибудь опредѣленное его разрѣшеніе «по силѣ манифеста 31-го января», составленнаго, какъ мы знаемъ, вопреки его собственному мнѣнію.

Когда проектъ наставленія былъ сообщенъ на заключеніе министрамъ, министромъ юстиціи Дашковымъ, директоромъ департамента при которомъ былъ тогда Дегай, сдѣланы были весьма существенныя замѣчанія по вопросу о практическомъ разрѣшеніи случаевъ несоотвѣтствія статей Свода подлинному тексту законовъ. Весьма характерно, что замѣчанія эти отнесены именно къ 8-й статьѣ проекта, говорящей собственно о сохраненіи и на будущее время прежняго порядка представленія о могущихъ встрѣтится случаяхъ неясности или недостатка законовъ. Очевидно, и для Дашкова, принадлежавшаго къ большинству Совѣта, признавшему за Сводомъ исключительную силу, случаи несоотвѣтствія статей Свода подлинному тексту законовъ представлялись все-таки случаями неясности и противорѣчія дѣйствующаго законодательства.

Изъ «Заключенія» Дашкова видно, что онъ считалъ необходимымъ, для обезпеченія должнаго довѣрія къ Своду въ народѣ, «гласно» признать за нимъ исключительную силу и вмѣстѣ съ тѣмъ «негласно» устроить дѣло такъ, чтобы въ случаѣ разногласія рѣшительное значеніе имѣли не статьи Свода, а подлинный текстъ законовъ.

Указывая на возможность несоотвѣтствія Свода его источникамъ, Дашковъ замѣчалъ, что «затрудненіе сіе... бывъ подвержено медленному ходу, установленному для поясненія законовъ указомъ 1763 года декабря 15-го дня, представило-бы гласную повѣрку Свода, не соотвѣт-

ствующую тому общему довѣрію, которое должно внушать благотворительное изданіе Свода», и для сего полагалъ полезнымъ установить сдѣдующія правила: «1) Когда по производству дѣлъ откроется такой предметъ, на который нѣтъ разрѣшенія въ Сводѣ, но о которомъ есть постановленіе въ узаконеніяхъ, состоявшихся до изданія онаго, разрѣшать дѣло въ отношеніи сего предмета на точномъ основаніи того постановленія. 2) Когда усмотрѣно будетъ, что статья Свода не во всей точности выражаетъ узаконенія, изъ коихъ извлечена, то рѣшать дѣла по Своду. 3) Въ обоихъ сихъ случаяхъ чрезъ губернскихъ прокуроровъ должно быть доводимо до свѣдѣнія министра юстиціи для принятія со стороны его мѣръ негласной повѣрки, а какъ съ установленіемъ оной могутъ измѣниться нѣкоторыя статьи Свода, служившія между тѣмъ основаніемъ рѣшенія дѣлъ, и изъ числа оныхъ нѣкоторыя по цѣнѣ иска остались-бы безъ аппеляціи, и тѣмъ отнято было-бы средство къ исправленію таковыхъ рѣшеній въ высшихъ инстанціяхъ, то дозволить въ подобномъ случаѣ перевершить дѣло тому-же самому мѣсту, не стѣсняясь прежде даннымъ рѣшеніемъ, для чего при каждомъ поясненіи Свода, измѣняющемъ какую-либо статью онаго, когда откроется подобное дѣло въ какой-либо инстанціи, окончательно рѣшенное на основаніи отмѣненной или поясненной прежними постановленіями статьи, давать такое разрѣшеніе особыми объявляемыми именными указами» [1]).

Въ другой бумагѣ, «внесенной въ департаментъ законовъ лично отъ министра юстиціи» и никѣмъ не подписанной [2]), объясняются мотивы этого проекта. «Нѣтъ особаго неудобства дать подобнымъ пополненіямъ и поясненіямъ (то-есть, состоявшимся вслѣдствіе обнаруженной неполноты или неточности Свода) обратное дѣйствіе: ибо каждый положительный законъ, въ поясненіе прежнихъ правилъ изданный, имѣетъ сіе свойство; но при семъ могутъ встрѣтиться слѣдующія затрудненія: во-первыхъ, рѣшеніе, данное по дѣлу малоцѣнному на основаніи статьи Свода, впослѣдствіи отмѣченной, не можетъ, по установленному нынѣ порядку, быть пересмотрѣно въ высшей инстанціи, хотя-бы впослѣдствіи измѣненіе, сдѣланное въ статьѣ, давало тому-же дѣлу совершенно другое разрѣшеніе. Во-вторыхъ, до поясненія и пополненія статьи тяжущіеся и подсудимые, находя разрѣшеніе ихъ дѣла согласнымъ съ тою статьею, могутъ пропустить сроки, положенные на обжалованіе. Въ-третьихъ, въ обоихъ сихъ случаяхъ перевершеніе дѣла можетъ причинить убытки, судомъ не вознаградимые. Чтобы открыть противу сихъ затрудненій средство къ защитѣ правъ гражданъ, хотя нужно принять

---

[1]) Заключеніе министра юстиціи отъ 16-го ноября 1834 г. Дѣло департамента законовъ, 1834 г., № 1067.

[2]) Дѣло Д. З., 1834 г., № 1067 лл. 92—94.

надлежащія мѣры; но вредъ, произойти могущій отъ гласнаго установленія оныхъ, какъ потрясающій довѣріе къ Своду, гораздо значительнѣе частныхъ утратъ, и потому можно отдѣльными распоряженіями по каждому подобному случаю удовлетворить просьбы участвующихъ, возстановляя права апелляціи».

Изъ этихъ выписокъ очевидно, что и большинство Государственнаго Совѣта не считало статей Свода новыми законами, вступившими въ дѣйствіе лишь въ силу манифеста 31-го января 1833 г. съ 1-го января 1835 г. и отмѣнившими собою *всѣ прежніе законы*, и не допускало и мысли, чтобы случайный пропускъ или неточность составителей Свода могли влечь за собою отмѣну старыхъ законоположеній и установленія новыхъ. Если-бы Своду думали придать значеніе новаго закона, всѣхъ этихъ вопросовъ, выдвинутыхъ Дашковымъ, не могло-бы вовсе и представиться. Тогда всѣ дѣла, возникшія до 1-го января 1835 г., рѣшались-бы по прежнимъ законамъ, а не по Своду, а къ дѣламъ возникшимъ послѣ того, напротивъ, уже прежнія узаконенія не могли-бы вовсе примѣняться, какъ отмѣненныя Сводомъ. Вопросы, поднятые Дашковымъ могли имѣть значеніе и смыслъ лишь подъ условіемъ признанія Свода только новой формой тѣхъ-же прежнихъ законовъ.

И это не было только личнымъ взглядомъ Дашкова: у всѣхъ тогда очевидно болѣе или менѣе ясно имѣлась та мысль, что Сводъ только новая форма стараго законодательства. Сперанскій предполагалъ прямо и открыто признать это со всѣми послѣдствіями. Другіе, опасаясь поколебать довѣріе къ «благотворительному» изданію Свода, старались обойти это и приходили къ очевидному самопротиворѣчію, признавая исключительное дѣйствіе Свода и требуя вмѣстѣ съ тѣмъ постоянной свѣрки его статей съ подлиннымъ текстомъ законовъ.

Обсудивъ возбужденные Дашковымъ вопросы, департаментъ законовъ «нашелъ разрѣшеніе ихъ весьма труднымъ. Испытывая разныя о семъ предположенія, въ однихъ встрѣчалъ онъ важныя отступленія отъ общаго судебнаго порядка, въ другихъ поводы къ ябедѣ, во всѣхъ же вообще опасеніе, чтобы, упреждая предполагаемыя затрудненія, не впасть въ затрудненія дѣйствительныя и не окружить Сводъ, при самомъ началѣ его дѣйствія, недовѣріемъ и нарѣканіемъ. Среди сихъ сомнѣній и опасеній департаментъ нашелъ себя въ необходимости дать болѣе пространства времени своимъ о семъ предметѣ разсужденіямъ» и потому отложилъ разрѣшеніе этихъ вопросовъ [1]).

Только черезъ годъ, въ засѣданіи 1-го ноября 1835 г., слѣдовательно уже послѣ введенія Свода въ дѣйствіе, департаментъ наконецъ постановилъ заключеніе относительно порядка разрѣшенія противорѣчій, могу-

[1]) Журналы Департамента Законовъ за 1834 годъ, ч. VI, № 39, лл. 96 и 97.

щихъ быть замѣченными между статьями Свода и подлиннымъ текстомъ законовъ [1]). Заключеніе это было затѣмъ безъ всякихъ измѣненій принято общимъ собраніемъ въ засѣданіи 23-го декабря и удостоилось Высочайшаго утвержденія 30-го января 1836 года [2]).

«По подробномъ совѣщаніи съ министромъ юстиціи, департаментъ нашелъ: 1) что сила вопроса состоитъ въ томъ, какъ поступать въ томъ случаѣ, когда по производству дѣлъ откроется, что указъ, дѣйствующій и къ разрѣшенію дѣла служащій, не помѣщенъ въ Сводѣ или помѣщенъ не въ полной его силѣ? 2) что хотя въ указѣ 1763 г. и потомъ въ самомъ Сводѣ поставленъ общій порядокъ, по коему, въ случаѣ необходимаго дополненія или поясненія законовъ, подчиненныя мѣста обязаны представлять о семъ въ высшія по начальству и ожидать ихъ разрѣшенія; а какъ Сводъ есть тотъ-же законъ, то и надлежало-бы и въ случаѣ вышеприведенномъ руководствоваться тѣмъ-же общимъ порядкомъ; но сей общій порядокъ въ приложеніи его къ предыдущему случаю имѣлъ-бы то неудобство, что представленія подчиненныхъ мѣстъ къ высшимъ должны-бы были проходить весь рядъ судебной постепенности и, напримѣръ, изъ уѣзднаго суда восходитъ до сената съ немалымъ въ рѣшеніи дѣлъ промедленіемъ; 3) что хотя послѣ всѣхъ мѣръ, принятыхъ для повѣрки Свода, случаи таковые должны быть весьма рѣдки, но встрѣтиться они могутъ, а посему и нельзя не желать, чтобы они разрѣшаемы были сколь можно скорѣе и удобнѣе. Въ семъ уваженіи, разсмотрѣвъ въ подробности мѣру, предложенную для сего министромъ юстиціи, департаментъ призналъ оную соотвѣтствующею настоящей цѣли и потому положилъ разрѣшить вышеприведенный вопросъ слѣдующимъ образомъ:

1) «Каждый разъ, когда къ министру юстиціи дойдетъ свѣдѣніе, что при производствѣ какого-либо дѣла въ первой или во второй степени суда или въ Сенатѣ открылось затрудненіе въ томъ, что какой-либо дѣйствующій и къ разрѣшенію дѣла служащій законъ не помѣщенъ въ Сводѣ, или помѣщенъ не въ полномъ его смыслѣ, министръ юстиціи, разсмотрѣвъ встрѣтившійся случай, если найдетъ его уважительнымъ, входитъ въ сношеніе со II отдѣленіемъ, и вслѣдствіе того, по обоюдному согласію, помѣщается въ продолженіи Свода надлежащее дополненіе или поясненіе; въ случаѣ-же несогласія, дѣло представляется на уваженіе Государственнаго Совѣта установленнымъ для сего порядкомъ.

2) «Какъ продолженіе Свода обыкновенно издается за протекшій годъ въ половинѣ послѣдующаго: то если-бы случай вышеозначенный встрѣтился въ теченіи года отъ одного изданія до другаго за долгое время, а по свойству своему онъ требовалъ-бы неукоснительнаго разрѣшенія: то

---

[1]) Журналы Департамента Законовъ за 1835 годъ, часть IV, № 107, лл. 302—311.
[2]) Тамъ-же, л. 312.

въ семъ предположеніи, сдѣлавъ сношеніе со Вторымъ Отдѣленіемъ, вносить случай тотъ немедленно на разрѣшеніе Государственнаго Совѣта.

3) «Какъ вышеозначенныя правила нимало не отмѣняютъ установленнаго уже (12-го декабря 1834 г.) порядка употребленія Свода, а относятся только къ обязанностямъ министра юстиціи и II Отдѣленія, судебнымъ-же мѣстамъ предписано безъ всякаго изъятія основывать рѣшенія свои единственно на статьяхъ Свода, то по Высочайшемъ утвержденіи сихъ правилъ передать оныя токмо къ исполненію въ министерство юстиціи и Второе Отдѣленіе безъ дальнѣйшей публикаціи».

Таковы правила, установленныя Государственнымъ Совѣтомъ въ разрѣшеніе возбужденнаго министромъ юстиціи вопроса. Въ нихъ указывается только, какъ поступать министру, когда до него дойдетъ свѣдѣніе о замѣченномъ при производствѣ дѣлъ несоотвѣтствіи статей Свода подлинному тексту законовъ, но вовсе не указывается, какимъ-же образомъ такого рода свѣдѣнія должны доходить до министра. Такъ какъ въ соображеніяхъ департамента прямо указано, что онъ призналъ вполнѣ соотвѣтственной мѣру, предложенную министромъ юстиціи, то надо думать, что Государственный Совѣтъ предполагалъ установить предположенный Дашковымъ порядокъ, но считалъ для этого достаточнымъ одного распоряженія министра губернскимъ прокурорамъ. Правда въ п. 3 М. Г. С. «судебнымъ мѣстамъ предписано безъ всякаго изъятія основывать рѣшенія свои единственно на статьяхъ Свода», но и Дашковъ предлагалъ, чтобы въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ внесенъ въ Сводъ, хотя-бы и въ искаженномъ видѣ, суды рѣшали дѣла на основаніи статей Свода. Понимать-же этотъ п. 3 въ томъ смыслѣ, что судебныя мѣста вовсе не должны принимать въ соображеніе тѣхъ законовъ, которые совсѣмъ не включены въ Сводъ, невозможно. Безъ всякаго сомнѣнія и послѣ изданія Свода во всемъ томъ, что не было включено въ Сводъ, суды продолжали примѣнять подлинный текстъ законовъ.

Точно также слѣдуетъ признать, хотя это прямо и не выражено въ мнѣніи Совѣта, что исправленія статей Свода, вслѣдствіе обнаруженныхъ при производствѣ дѣлъ неточностей, получали обратную силу, такъ какъ время дѣйствія статей Продолженій къ Своду опредѣляется вообще не днемъ обнародованія самаго Продолженія, а днемъ обнародованія отдѣльныхъ узаконеній, изъ которыхъ извлечены статьи Продолженія. Къ тому-же, если-бы такимъ исправленіямъ не предполагалось придавать обратной силы, не зачѣмъ было-бы и заботиться о возможной скорости этого дѣла. Разъ Совѣтъ призналъ невозможнымъ ожидать для этого даже выхода ежегодныхъ продолженій, очевидно онъ предполагалъ, что согласно предложенію Дашкова послѣдствіемъ такихъ исправленій можетъ быть перевершеніе дѣла или въ силу обыковеннаго перехода дѣла на

разсмотрѣніе высшей инстанціи, или въ силу особо испрошеннаго предоставленія правъ апелляціи.

Правила, установленныя въ 1836 г. относительно разрѣшенія могущихъ возникнуть затрудненій вслѣдствіе несоотвѣтствія статей Свода ихъ источникамъ, признаются сохраняющими обязательную силу и по настоящее время. По крайней мѣрѣ таковыми ихъ считалъ въ 1885 г. кодификаціонный отдѣлъ.

III.

Если считать Сводъ Законовъ инкорпораціей въ настоящемъ смыслѣ слова,—инкорпораціей, подобной Юстиніанову кодексу, представляющемуся только по содержанію своему сборникомъ старыхъ законовъ, а формально являющемуся новымъ закономъ, отмѣняющимъ собою дѣйствіе тѣхъ самыхъ старыхъ законовъ, которые послужили матеріаломъ для его составленія,—тогда приведенныя разсужденія и постановленія объ отношеніи Свода «къ подлинному тексту законовъ» окажутся совершенно непонятными. Въ самомъ дѣлѣ, если Сводъ самъ есть законъ, какимъ образомъ можно ему противополагать еще какой-то «подлинный текстъ закона»? Если Сводъ законодательная инкорпорація дѣйствующаго права, какимъ образомъ не включенныя въ него постановленія могутъ считаться все-таки «законами, дѣйствующими и къ разрѣшенію дѣлъ служащими?» Если Сводъ былъ новымъ закономъ, отмѣняющимъ собою, какъ и всякій новый законъ, всѣ противорѣчащіе ему прежніе законы, какъ могло явиться убѣжденіе, что могущими встрѣтиться въ немъ опущеніями и измѣненіями прежнихъ узаконеній будутъ нарушены пріобрѣтенныя права частныхъ лицъ? Вѣдь каждый новый законъ непремѣнно въ чемъ-нибудь измѣняетъ прежніе законы, но въ этомъ никто не усмотритъ нарушенія пріобрѣтенныхъ правъ.

Все это представляется совершенно несообразнымъ, если Сводъ законодательная инкорпорація. Однако, во время составленія Свода все это представлялось совершенно безспорнымъ и очевиднымъ и самому творцу Свода Сперанскому, и не согласившемуся съ нимъ большинству Государственнаго Совѣта. Разногласіе между ними заключалось лишь въ томъ, что Сперанскій, считая Сводъ только новой формой неотмѣняемыхъ имъ прежнихъ законовъ, предполагалъ открыто признать его дѣйствующимъ не исключительно, а наряду съ подлиннымъ текстомъ законовъ, которому въ случаѣ сомнѣній и придается рѣшающее значеніе, большинство-же Государственнаго Совѣта считало возможнымъ какъ-то согласить исключительное дѣйствіе Свода съ тѣмъ, что онъ, ничего не измѣняя въ силѣ и дѣйствіи прежнихъ законовъ, приводитъ ихъ только въ единообразіе и порядокъ. Обратившись, однако, къ практическому примѣненію Свода, увидѣли невозможность согласить одно съ другимъ и негласнымъ

не обнародованнымъ постановленіемъ 30-го января 1836 г. приняли въ сущности то-же самое, что предлагалъ Сперанскій.

Слѣдовательно, тогда всѣми принималось, какъ безспорное положеніе, что Сводъ только новая форма изложенія прежнихъ законовъ, имѣющая силу и значеніе лишь настолько, насколько въ ней вѣрно передается содержаніе подлиннаго текста законовъ. Но изложеніе дѣйствующаго законодательства, имѣющее силу лишь подъ условіемъ дѣйствительнаго тождества съ подлиннымъ текстомъ законовъ, а подъ этимъ условіемъ и обратную силу со времени изданія подлиннаго текста законовъ, конечно, не законъ. Все это характерныя особенности не акта установленія законовъ, а акта ихъ *толкованія*. Не новый законъ, а только толкованіе уже существующихъ имѣетъ силу лишь подъ условіемъ согласія его съ подлиннымъ текстомъ законовъ, и примѣняется къ фактамъ, совершившимся хотя бы и до установленія даннаго толкованія, только бы они совершились послѣ изданія самихъ истолковаемыхъ законовъ.

Прямо *закономъ* Сводъ названъ только въ вышеприведенной надписи императора Николая на журналѣ 26-го января 1883 г. Но въ составленномъ на основаніи ея манифестѣ объ изданіи Свода онъ закономъ не названъ. Въ немъ говорится только, что «всѣ законы, сохранившіе понынѣ силу, были разобраны по родамъ ихъ, соединены въ одно цѣлое, распредѣлены въ книги по главнымъ предметамъ», и что эти «законныя книги» препровождаются въ Сенатъ для обнародованія. Въ п. 1 Правилъ о силѣ и дѣйствіи этихъ законныхъ книгъ сказано, правда, что съ 1-го января 1835 г. «Сводъ имѣетъ воспріять законную свою силу», но это совсѣмъ не то же самое, что признать Сводъ закономъ. Законную силу имѣютъ не законы, а то, что основано на законѣ: судебныя рѣшенія, правительственныя распоряженія. Если надо указать, что данный актъ есть законъ, за нимъ признаютъ не законную силу, а силу закона.

Въ пользу признанія Свода закономъ обыкновенно указываютъ на то, что онъ изданъ верховною властью. Но одно это обстоятельство еще не можетъ служить основаніемъ приписывать Своду законодательное значеніе. До судебной реформы судебная власть не была у насъ обособлена отъ законодательной, и старые наши суды не имѣли права самостоятельнаго толкованія законовъ. Въ случаѣ обнаруженія неполноты, противорѣчія или неясности законовъ о томъ представлялось въ высшую инстанцію, и дѣло такимъ путемъ могло дойти до Государственнаго Совѣта, гдѣ возникшій вопросъ толкованія дѣйствующаго законодательства разрѣшался Высочайше утверждаемыми мнѣніями. Такимъ образомъ до судебной реформы верховная власть не только издавала законы, но и сама ихъ непосредственно истолковывала. Поэтому то обстоятельство, что Сводъ былъ изданъ Высочайшею властью, само по себѣ вовсе не

противорѣчитъ тому, что изданіе его было актомъ не законодательства, а только автентическаго толкованія законовъ.

Въ сущности такъ именно смотрѣлъ на Сводъ и самъ Сперанскій. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только обратиться къ тому, какъ онъ объясняетъ особенностями нашего юридическаго быта необходимость составленія Свода.

Главною, основною особенностью нашего юридическаго быта онъ считалъ то, что мы не получили, подобно западнымъ государствамъ, богатаго наслѣдія римскаго права [1]). «При обиліи римскихъ законовъ и при твердости ихъ состава, въ тѣхъ государствахъ, гдѣ они дѣйствовали, рѣдко встрѣчались случаи, закономъ не опредѣленные; по сему порядокъ судебный тамъ могъ идти и дѣйствительно шелъ, такъ сказать, самъ собою, не обременяя власти законодательной; тамъ можно было допустить правило, чтобъ судья и въ самомъ недостаткѣ яснаго закона рѣшилъ дѣло по здравому смыслу, то-есть, по общимъ началамъ законовѣдѣнія; ибо сіи начала въ Сводѣ римскихъ законовъ уже существовали, уже утверждены были временемъ и опытомъ. У насъ, напротивъ, сперва число законовъ было недостаточно, и потому судъ непрестанно обращался къ законодательству и искалъ разрѣшенія; отсюда множество отдѣльныхъ указовъ, отсюда такъ называемыя въ старину *дѣла вершеныя* именными указами и боярскими приговорами. Въ семъ состояніи законовъ нельзя было дозволить судьѣ рѣшить дѣло по общимъ началамъ законовѣдѣнія. Когда же потомъ число указовъ возросло, и недостатокъ законовъ отчасти миновался, то предстало другое затрудненіе: многосложность, раздробительность, неизвѣстность—затрудненіе равное и, можетъ быть, еще важнѣйшее. Здѣсь необходимость непрестанныхъ поясненій и разрѣшеній, кои въ свою чреду рождаютъ новую многосложность. Какой можетъ быть способъ выйдти изъ сего безконечнаго круга?—нѣтъ другого, какъ только разобрать законы по ихъ родамъ и предметамъ, отдѣлить все дѣйствующее отъ минувшаго и привести все въ составъ единообразный, то-есть, составить Сводъ» [2]).

Итакъ, необходимость составленія Свода Сперанскій прямо обосновываетъ отсутствіемъ у насъ права самостоятельнаго судебнаго толкованія законовъ. Это приводитъ къ массѣ отдѣльныхъ повелѣній по частнымъ дѣламъ: вмѣсто нихъ, слѣдовательно, вмѣсто аутентическаго толкованія законовъ по частнымъ казусамъ, необходимо, по его мнѣнію, составить Сводъ, какъ общее автентическое истолкованіе всей массы дѣйствующихъ законовъ.

Конечно, если Сводъ былъ актомъ автентическаго толкованія, воспол-

---

[1]) Обозрѣніе, стр. 83.

[2]) Обозрѣніе, стр. 87—90.

нявшаго при нашей старой судебной организаціи отсутствіе самостоятельнаго судебнаго толкованія, Судебные уставы, предоставившіе новому суду это право, должны были поколебать самую основу Свода. И дѣйствительно еще во время подготовки судебной реформы, въ 1862 г., графъ М. Корфъ внесъ въ совѣтъ министровъ предположеніе о прекращеніи дальнѣйшаго изданія Продолженій къ Своду, какъ совершенно несовмѣстимыхъ съ надлежащимъ развитіемъ судебнаго толкованія законовъ. «Принимая на себя (при составленіи Продолженій) всю обязанность вникать въ смыслъ законовъ и опредѣлять истинный ихъ разумъ и взаимную связь, Второе Отдѣленіе стремилось оставить за судьями и исполнителями лишь трудъ механическаго, машинальнаго примѣненія; пріучало ихъ ожидать на малѣйшее недоразумѣніе разрѣшенія и указанія свыше, безъ всякаго обращенія къ собственнымъ умственнымъ усиліямъ, и чрезъ все это препятствовало развитію всякой самостоятельности во взглядахъ и сужденіяхъ въ низшихъ инстанціяхъ; изгоняло *преданіе*, нѣкогда существовавшее у насъ въ присутственныхъ мѣстахъ и которое, при болѣе благопріятныхъ обстоятельствахъ, могло бы обратиться въ правильную юриспруденцію, составляющую вездѣ необходимое живительное дополненіе къ законамъ; наконецъ, самую даже научную подготовку дѣлало, въ глазахъ многихъ, какъ бы менѣе нужною для судьи и администратора, ибо на все онъ могъ находить указаніе въ Сводѣ, *а Сводъ есть машина*, для обращенія съ которой не надобно большихъ свѣдѣній, и нѣсколько знакомый съ внутреннимъ его механизмомъ, съ его подраздѣленіями, системою реестровъ и т. д., смѣло называется юристомъ».

Когда Записка Корфа была сообщена на заключеніе въ министерства, она встрѣтила почти общія возраженія [1]), и при этомъ необходимость изданія Продолженій и на будущее время объяснялась именно отсутствіемъ у нашего дореформеннаго суда права самостоятельнаго толкованія. Графъ Панинъ находилъ, «что изданіе сущности (sic!) узаконеній необходимо, какъ для правильнаго изученія смысла законовъ въ ихъ общей связи, такъ и для безошибочнаго примѣненія ихъ на дѣлѣ». «Основное правило нашего законодательства, — говорилось въ отзывѣ графа Милютина,—требуетъ, чтобы законъ былъ примѣняемъ по точной его буквѣ, безъ всякихъ толкованій. Поэтому и законодатель долженъ стремиться къ изложенію его такъ, чтобы толкованія дѣлались невозможны,—это вѣнецъ славы законодателя». Однако, въ то самое время были уже утверждены Основныя положенія судебнаго преобразованія, въ которыхъ законодатель самъ отказывался отъ этого «вѣнца

[1]) Только тогдашній оберъ-прокуроръ Синода Ахматовъ присоединился къ предложенію Корфа.

славы». Только въ отзывахъ принца Ольденбургскаго и тогдашняго государственнаго секретаря Буткова обращено было вниманіе на связь предстоявшей судебной реформы съ вопросомъ объ изданіи Свода и его Продолженій. Бутковъ полагалъ, что *пока* необходимо продолжать изданіе Свода и Продолженій. «Какъ ни желательно предлагаемое измѣненіе, но едва ли настоящая минута для того выгодна; обычай искать въ Продолженіяхъ къ Своду удостовѣренія, дѣйствуетъ ли извѣстная его статья, установился тридцатилѣтнею практикою. Съ этимъ обычаемъ свыкся весь судебный персоналъ. До преобразованія судовъ этотъ персоналъ не измѣнится. И потому предполагать въ немъ способность разомъ перейти къ другому обращенію съ законами—нельзя. Законы у насъ должны примѣняться по буквѣ. Съ теоретической точки зрѣнія противъ этого можно многое сказать, но это правило установилось у насъ вслѣдствіе недовѣрія—и весьма отновательнаго недовѣрія—законодательной власти къ судамъ. Прежде чѣмъ будутъ преобразованы у насъ суды, отъ этого правила ни на волосъ нельзя отступать. Но спрашивается, возможно ли будетъ такое буквальное примѣненіе законовъ, если вмѣсто ссылки на извѣстную статью канцелярія судебнаго мѣста будетъ обращаться къ цѣлому какому-либо законоположенію, и сама будетъ принуждена соглашать статьи Свода съ этими законоположеніями?»

Принцъ Ольденбургскій, допуская, что «съ введеніемъ новой юридической процедуры, съ признаніемъ за судами большей независимости и съ установленіемъ правильной адвокатуры» въ области гражданскаго и уголовнаго права можно обойтись безъ Продолженій, находилъ ихъ безусловно необходимыми для законодательства административнаго.

Вслѣдствіе такихъ отзывовъ, 21-го февраля 1863 года состоялось Высочайшее повелѣніе объ изданіи Продолженій къ Своду и на будущее время, и съ тѣхъ поръ вопросъ этотъ болѣе не возбуждался. Сила привычки дѣлаетъ Сводъ въ глазахъ большинства нашихъ юристовъ чѣмъ-то необходимымъ, безъ чего и обойтись нельзя. Но есть нѣчто еще болѣе сильное, чѣмъ старыя привычки. Различныя стороны общественной жизни связаны между собою внутреннею, неустранимою солидарностью. Крупное измѣненіе какой либо стороны общественной жизни неизбѣжно отзывается и въ цѣломъ. Нельзя поэтому, обособивъ судъ отъ законодательства и обязавъ судей рѣшать всякое дѣло, не отговариваясь неполнотой, неясностью или противорѣчіемъ закона, сохранить попрежнему текущую автентическую интерпретацію, какую представляетъ собою Сводъ. Судебная реформа, установивъ судебное толкованіе законовъ, тѣмъ самымъ подорвала нашу сводную интерпретацію въ самомъ ея корнѣ. И вотъ въ самомъ дѣлѣ съ шестидесятыхъ годовъ Сводъ Законовъ являетъ собою картину неуклоннаго, хотя и медленнаго внутренняго распаданія и, такъ сказать, самоуничтоженія.

Первоначально предполагалось новыя изданія Свода составлять каждое десятилѣтіе. Но уже третье изданіе Свода, 1857 года, запоздало на пять лѣтъ, а послѣ него и вовсе не было болѣе полнаго изданій Свода вотъ уже почти сорокъ лѣтъ. Какъ бы отчаявшись въ возможности когда либо составить новое полное изданіе Свода. Второе Отдѣленіе и затѣмъ Кодификаціонный Отдѣлъ ограничивались съ этихъ поръ новыми изданіями лишь отдѣльныхъ томовъ Свода порознь. Это привело къ тому, что Сводъ теперь дѣйствуетъ въ *восьми* разновременныхъ изданіяхъ 1857, 1876, 1885, 1886, 1887, 1890, 1892 и 1893 годовъ. Благодаря этому, Сводъ, не имѣвшій никогда внутренняго единства, единства содержанія, утратилъ теперь и внѣшнее единство. Онъ пересталъ быть произведеніемъ одной руки и даже одного историческаго момента. Онъ не даетъ уже болѣе изображенія законодательства въ одинъ опредѣленный моментъ его историческаго движенія. На ряду съ томами, дѣйствующими и по сіе время въ изданіи 1857 года, составленномъ еще наканунѣ всѣхъ реформъ прошлаго царствованія, имѣются томы изданій 1892 и 1893 годовъ, то-есть, такого времени, когда уже и эти реформы успѣли подвергнуться значительнымъ передѣлкамъ. Поэтому въ настоящемъ своемъ видѣ Сводъ никакъ не можетъ быть названъ «единообразнымъ составомъ законовъ». Да и какъ приборъ, служащій къ механическому примѣненію законовъ, Сводъ уже не представляетъ прежняго удобства и простоты. Въ каждомъ томѣ имѣются ссылки на современныя ему изданія другихъ томовъ, и потому для надлежащихъ справокъ надо имѣть подъ рукой всѣ томы всѣхъ изданій съ соотвѣтствующими къ нимъ Продолженіями, начиная съ 1857 г., а это составитъ цѣлую обширную библіотеку. Если взять одни дѣйствующія изданія и Продолженія Свода, это составитъ 30 объемистыхъ томовъ. Въ изданіи 1857 г. дѣйствуютъ только нѣкоторыя части VIII и XII томовъ. Но если къ нимъ присоединить необходимые для выясненія ссылокъ остальные 19 томовъ изданія 1857 г., то уже это одно составитъ 49 томовъ, то-есть, болѣе всего перваго полнаго собранія законовъ, имѣющаго только 45 томовъ.

Первое изданіе Свода представляло собою дѣйствительно систематическое собраніе статей закона, распредѣленныхъ по 15 томамъ. Каждый томъ, составляя одно систематическое цѣлое, имѣлъ одну общую нумерацію и статей, и страницъ. Соотношеніе отдѣльныхъ статей опредѣлялось только мѣстомъ ихъ въ Сводѣ, а не тѣмъ, какое онѣ занимали въ составѣ подлиннаго текста узаконеній. Внутренняя цѣльность и особенная индивидуальность отдѣльныхъ законоположеній, послужившихъ матеріаломъ для составленія Свода, были совершенно сглажены и заслонены общею системой Свода. Предполагалось, что и вновь издаваемыя законоположенія будутъ составляться всѣ въ формѣ измѣненія подлежащихъ статей Свода, «сохраняя тотъ планъ, по коему устроенъ соотвѣт-

вѣтствующій уставъ въ Сводѣ». Но уже при составленіи второго изданія Свода 1842 г. графъ Блудовъ придалъ особую нумерацію отдѣльнымъ уставамъ и учрежденіямъ, входящимъ въ составъ одного и тогоже тома. Это дало возможность включить въ Сводъ цѣликомъ такія обширныя законоположенія, накъ, напримѣръ, наказъ губернаторамъ. Въ новѣйшихъ изданіяхъ томы Свода уже прямо превращаются въ собраніе отдѣльныхъ уставовъ, перепечатываемыхъ цѣликомъ безъ всякаго измѣненія, безъ всякаго хотя бы только внѣшняго подчиненія ихъ какой-либо общей для всего тома системѣ. И главнымъ основаніемъ къ такому сохраненію первоначальной формы отдѣльныхъ уставовъ служитъ именно то соображеніе, что къ ней оказываются пріуроченными слагающіяся съ самаго введенія въ дѣйствіе новыхъ узаконеній судебная практика и научные комментаріи.

Но, и превративъ томы Свода въ собраніе обособленныхъ законоположеній, оказалось все-таки невозможнымъ вмѣстить въ Сводъ все новое законодательство, не нарушивъ общей системы Свода. Когда въ 1876 г. князь Урусовъ, при составленіи новаго изданія нѣкоторыхъ томовъ Свода, Судебные Уставы Александра II размѣстилъ по отдѣльнымъ частямъ въ I, II, X и XV томахъ, для всѣхъ сдѣлалась очевидной несообразность такой ломки внутренно объединеннаго законоположенія, ради внѣшняго сохраненія системы Свода, задуманной при совершенно иныхъ условіяхъ нашего дореформеннаго юридическаго быта. Къ тому же и Судебные Уставы, именно какъ одно стройное цѣлое, успѣли за время ихъ дѣйствія стать основаніемъ опредѣленно сложившейся судебной практики. Размѣщенныя по различнымъ томамъ Свода части Судебныхъ Уставовъ пришлось опять выдѣлить, возстановить, какъ одно цѣлое, и теперь они составили первую часть новаго XVI тома. Этой прибавкой новаго тома совершенно расшатывается вся система Свода, какъ она была выработана Сперанскимъ. По системѣ Свода судебныя установленія не выдѣлялись особо, а вмѣстѣ со всѣми другими органами власти размѣщались подъ двумя главными рубриками: учрежденія государственныя и мѣстныя. И, конечно, до судебной реформы не было основанія выдѣлять особо судебныя установленія, не пользовавшіяся отличающею ихъ теперь независимостью.

Такимъ образомъ, за послѣднее время Сводъ Законовъ представляетъ картину постепеннаго разложенія — естественное послѣдствіе судебной реформы, положившей основаніе самостоятельному судебному толкованію законовъ и тѣмъ самымъ устранившей надобность той своеобразной формы ихъ толкованія, какая давалась Сводомъ Законовъ.

Теоретическія воззрѣнія Сперанскаго на право.

Въ виду того значенія, какое имѣетъ Сперанскій въ исторіи нашего законодательства, слѣдовало бы ожидать, что его воззрѣнія хорошо извѣстны каждому научно-образованному русскому юристу. На дѣлѣ оказывается, однако, что для многихъ воззрѣнія эти — совершенная terra incognita, и при случайномъ знакомствѣ съ «Руководствомъ къ познанію законовъ» изложенные въ немъ взгляды вызываютъ самое странное толкованіе. Живое доказательство тому — недавняя статья г. Курдиновскаго «Профессоръ Пунтшартъ и наука гражданскаго права въ Германіи» [1]). Изложивъ предлагаемую Пунчартомъ новую конструкцію институтовъ гражданскаго права, г. Курдиновскій утверждаетъ, будто бы совершенно тѣхъ же самыхъ воззрѣній держался и Сперанскій.

Не трудно, однако, убѣдиться, что г. Курдиновскаго ввело въ заблужденіе просто случайное совпаденіе словъ, выраженій, при полномъ различіи того смысла, какой придавали сходнымъ выраженіямъ Сперанскій и Пунчартъ.

Пунчартъ предлагаетъ въ основу построенія институтовъ гражданскаго права положить не понятіе субъективнаго права, какъ это дѣлается обыкновенно нѣмецкими юристами, а, по примѣру юристовъ римскихъ, понятіе юридической связи, juris vinculum, juris nexus. Пунчартъ переводитъ эти латинскія выраженія — Rechtsverband; г. Курдиновскій, по русски — *правовой союзъ*. Едва ли въ данномъ случаѣ такой переводъ правиленъ, потому что, конечно, vinculum и особенно nexus нельзя переводить: союзъ. Такой переводъ совершенно непримѣнимъ къ такимъ, напримѣръ, выраженіямъ, какъ vinculum stipulationis, cautionis, pignoris, evictionis и т. п. Непригодность выраженія правовой союзъ для перевода Rechtsverband въ томъ смыслѣ, какой придаетъ ему Пунчартъ, подтверждается и тѣмъ, что онъ говоритъ о «Rechtsverbänden der Personen mit Sachen», но нельзя говорить по-русски о «союзѣ лица

[1]) Журналъ «Мин. Нар. Просв.», 1894 г., № 6.

съ вещью». Союзъ предполагаетъ свободное соединеніе, а не извнѣ наложенную связь, и потому соотвѣтствуетъ болѣе нѣмецкому Verein, чѣмъ Verband. И по-нѣмецки Verein приложимо только къ соединенію лица съ лицомъ, а не лица съ вещью. Поэтому, Rechtsverband въ смыслѣ juris vinculum слѣдовало бы перевести правовая связь, а не правовой союзъ.

Какъ бы то ни было, г. Курдиновскій перевелъ пунчартовскій Rechtsverband правовымъ союзомъ и вспомнилъ при томъ, что и Сперанскій говоритъ что-то о союзахъ. Этого случайнаго сходства въ выраженіяхъ показалось ему совершенно достаточно для утвержденія, что вся теорія Пунчарта есть просто воспроизведеніе теоріи Сперанскаго. Различія самаго содержанія ихъ воззрѣній онъ вовсе не замѣтилъ, а между тѣмъ различіе это доходитъ до полной противоположности.

Пунчартъ—послѣдователь Іеринга и при томъ крайній послѣдователь, идущій значительно дальше своего учителя. Іерингъ отвергнулъ только волевую теорію субъективнаго права, но самое понятіе субъективнаго права считалъ необходимымъ сохранить. Поэтому хотя у него субъективное право изъ регулируемаго правомъ господства индивидуальной воли превратилось въ защищенный государствомъ интересъ, но все построеніе институтовъ гражданскаго права и у него основывается на понятіи субъективнаго права личности. Пунчартъ считаетъ необходимымъ совсѣмъ отбросить понятіе субъективнаго права и замѣнить понятіемъ juris vinculum — юридической связи лицъ между собой и лицъ съ вещами, установляемой юридической нормой для осуществленія опредѣленныхъ цѣлей [1]). Поэтому у Пунчарта не только индивидуальная воля, но вообще всякая личная активность, выражающаяся хотя бы только въ личной заинтересованности, отодвигается совершенно на задній планъ и заслоняется нормирующей властью государства. Въ основу своей теоріи гражданскаго права Пунчартъ кладетъ не активное отношеніе личности, а установляемую нормой пассивную связь, лицъ и вещей безразлично, въ цѣляхъ, намѣчаемыхъ государственною властью.

Такимъ образомъ сказать, что Сперанскій держался тѣхъ же взглядовъ, какъ и Пунчартъ, значитъ признать, что въ ученіи Сперанскаго заключалось уже все ученіе Іеринга, и при томъ въ крайней его формѣ. Еслибы это было дѣйствительно такъ, это былъ бы поразительный фактъ. совершенно противорѣчащій всякой исторической послѣдовательности. Ученіе Іеринга могло возникнуть только на почвѣ, уже подготовленной

---

[1]) Die moderne Theorie des Privatrechts, S. 1. Durch die Anwendung der Rechtsnorm auf bestimmte Personen, auf bestimmte Sachen werden die Personen mit einander, die Personen mit Sachen zu bestimmten Zwecken rechtlich verbunden. Aus solcher Rechtsanwendung entstehen also Rechtsverbände.

ученіемъ исторической школы. Іерингъ въ своихъ изслѣдованіяхъ вовсе не останавливается на гипотезѣ естественнаго права, очевидно, считая ее безповоротно опровергнутой уже исторической школой. Точно также признаніе, въ ученіяхъ исторической школы, права продуктомъ не индивидуальнаго, а народнаго духа служитъ естественнымъ переходомъ отъ индивидуализма теорій естественнаго права къ чисто общественной теоріи права Іеринга.

Между тѣмъ Сперанскому ученія исторической школы остались совершенно чужды. Онъ читалъ «Beruf» Савиньи, но не понялъ его значенія. Въ Обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ онъ лишь мимоходомъ упоминаетъ объ этомъ «*пресловутомъ* сочиненіи Савиньи».

Философскія воззрѣнія Сперанскаго [1]) имѣютъ эклектическій характеръ и принадлежатъ всецѣло XVIII вѣку. Даже съ Кантомъ онъ познакомился лишь подъ конецъ жизни, когда его взгляды и понятія ужвполнѣ сложились. Поэтому, не смотря на довольно внимательное, повидимому, знакомство съ системой Канта [2]), она не оказала на его взгляды замѣтнаго вліянія.

Въ своемъ этическомъ ученіи Сперанскій отправляется отъ понятія индивидуальной личности. Жизнь каждаго человѣка опредѣляется троякаго рода силами, общее начало которыхъ въ Богѣ: силами физическими, умственными и нравственными. Нравственныя силы—это воля и совѣсть. Совѣсть Сперанскій опредѣляетъ, какъ чувство нравственнаго добра и зла. Она по природѣ своей всегда правдива и на правдивости этой основанъ весь порядокъ нравственнаго міра. Можно-бы было ожидать поэтому, что совѣсть, въ смыслѣ нравственнаго чувства, и будетъ признана Сперанскимъ послѣднимъ основаніемъ различія добра и зла. Однако, онъ даетъ опредѣленіе идеи добра и по содержанію, при чемъ признаетъ эту идею врожденной нашему разуму. Вмѣстѣ съ тѣмъ безъ всякаго обоснованія или объясненія предполагается, что врожденная разуму идея добра совершенно тождественна съ тѣмъ, что совѣсть чувствуетъ какъ добро.

Содержаніе идеи добра заключается въ признаніи человѣкомъ своей зависимости и притомъ въ троякомъ отношеніи: въ зависимости настоящаго, временнаго бытія человѣка отъ вѣчной будущности, въ зависимости отъ другихъ людей и въ зависимости отъ Бога. Идею ограниченія индивидуальной особности такого рода троякой зависимостью Сперан-

[1]) Послѣдующее изложеніе основано главнымъ образомъ на Руководствѣ къ познанію законовъ 1845 г. съ нѣкоторыми дополненіями на основаній статей Сперанскаго, напечатанныхъ въ сборникѣ «Въ память графа М. М. Сперанскаго 1872». Дополненія эти вездѣ особо отмѣчены.

[2]) Смотри его замѣчанія о Кантѣ: «Въ память графа М. М. Сперанскаго». С.-Пб. 187?, стр. 842—845.

скій выражаетъ въ довольно своеобразной формѣ. Онъ различаетъ именно «въ бытіи нравственномъ двѣ разныя области: область *бытія* отдѣльнаго одинокаго, *личнаго*, и область *бытія союзнаго*». Сообразно съ этимъ и троякаго рода зависимость онъ обозначаетъ какъ троякаго рода *союзы*: 1) союзъ настоящаго съ будущимъ, временнаго съ вѣчнымъ: союзъ *человѣка съ самимъ собой*; 2) союзъ съ другими и 3) союзъ съ Богомъ Такъ какъ нравственное добро заключается въ подчиненіи личнаго бытія союзному, то основное велѣніе нравственности формулируется Сперанскимъ, какъ велѣніе «хранить всегда и во всемъ союзъ общенія съ самимъ съ собою, съ другими и съ Богомъ».

Конечно, «союзъ» обозначаетъ здѣсь собственно связь, зависимость и храненіе союза сводится къ признанію такой зависимости и къ подчиненію ей. Въ любопытной запискѣ своей «О началѣ обществъ» [1]) Сперанскій прямо переводитъ «*союзъ* общежитія»—«le lien de la vie sociale».

Такъ какъ каждый союзъ предполагаетъ зависимость, подчиненіе то изъ союза вытекаетъ обязанность; а такъ какъ подчиненіе это не безусловное, то также и право. «Нравственные предѣлы суть связь человѣка съ самимъ собою и съ другими—*обязанность*» [2]). «Право есть та степень свободы, которая дана или оставлена отъ Бога человѣку и безъ коей человѣкъ не могъ бы быть лицомъ» [3]). Таково опредѣленіе права въ широкомъ смыслѣ. Область права въ собственномъ смыслѣ составляетъ, конечно, только союзъ съ другими. «Союзъ съ Богомъ и съ собою есть только внутренній; союзъ съ другими есть внутренній и внѣшній. Справедливость есть правда въ отношеніи къ союзу внѣшнему» [4]).

Союзъ съ другими выражается прежде всего въ общемъ союзѣ всего человѣчества. Но «люди не могутъ жить въ одномъ союзѣ человѣчества, страсти ихъ союзъ сей непрерывно нарушаютъ. Безопасность ихъ и польза требуютъ другихъ союзовъ, союзовъ общежитія» [5]). Поэтому образуются, наряду съ общимъ союзомъ человѣчества, отдѣльныя частные союзы, разнообразные по мѣсту, по степени общежитія и по племенному составу (роду населенія). Эти отдѣльные союзы съ развитіемъ постепенно расширяются, проходя четыре послѣдовательныхъ ступени (періода): 1) семейство, 2) родъ, то-есть, «нѣсколько семей, соединенныхъ отношеніемъ сожитія, подъ одною главою»; 3) гражданство, то-есть, «соединеніе родовъ въ одинъ составъ съ перемѣною образа жизни,

---

[1]) Въ память графа М. М. Сперанскаго, № 18, 72, стр. 789.
[2]) Тамъ же, стр. 834.
[3]) Тамъ же, стр. 788.
[4]) Тамъ же, стр. 838.
[5]) Тамъ же, стр. 793.

большею частію кочеваго въ осѣдлый», и 4) государство, то-есть, соединеніе городовъ, прежде независимыхъ».

Отношеніе гражданства къ государству не опредѣлено у Сперанскаго съ достаточною ясностью. Онъ видитъ въ немъ то переходную степень въ развитіи общежитія отъ рода къ государству, то необходимую принадлежность государства. «Въ самомъ началѣ общежитія,—говоритъ онъ,—въ составѣ семейственномъ, мы различили уже два союза, два рода отношеній: отношеніе дѣтей къ родителямъ, союзъ власти и повиновенія; и отношеніе дѣтей между собой—союзъ равенства и взаимности.—Сіи два союза, проходя черезъ всѣ послѣдующіе періоды общежитія, получаютъ полное свое образованіе въ составѣ государственномъ. Тутъ съ одной стороны власть родительская преобразуется во власть верховную, а повиновеніе обращается въ подданство; а съ другой—отношенія членовъ семейства замѣняются отношеніями сограждан между собою. Слѣдовательно, въ государствѣ есть два союза: одинъ изъ нихъ именуется государственнымъ, другой гражданскимъ».

Примѣненіе общаго нравственнаго закона къ отдѣльнымъ союзамъ общежитія приводитъ къ установленію наряду съ естественнымъ закономъ законовъ общежительныхъ или положительныхъ, свойственныхъ каждому общежитію въ особенности. «Законы общежительные недѣй. ствительны, когда они противны законамъ естественнымъ; они по самому существу ихъ не что иное должны быть, какъ приложеніе законовъ естественныхъ, приложеніе, укрѣпленное дѣйствіемъ верховной власти, внѣшними наградами и понужденіями».

Такъ какъ положительные законы только приложеніе естественнаго, то, конечно, они не создаютъ, а только охраняютъ права. Сперанскій прямо говоритъ, что собственность, то-есть, «власть надъ тѣмъ что произведено или пріобрѣтено нашими силами—присвоено человѣку отъ Бога какъ естественное достояніе разума его и воли. Посему начало ея не есть въ общежитіи».

Изъ всего изложеннаго ясно видно, что въ ученіи Сперанскаго нѣтъ ничего подобнаго теоріямъ Іеринга или Пунчарта. Сперанскій признаетъ существованіе естественнаго права и въ положительномъ законѣ видитъ только приложеніе естественнаго. Союзы, изъ которыхъ онъ выводитъ права и обязанности, не являются у него, какъ у Пунчарта, результатомъ примѣненія законовъ. Напротивъ, союзы предшествуютъ законамъ, существуютъ независимо отъ нихъ, и сами опредѣляютъ ихъ содержаніе. Законы не установляютъ союзовъ, а только охраняютъ ихъ и вытекающія изъ нихъ права и обязанности. Для Пунчарта право собственности есть установленная положительнымъ закономъ для опредѣленной цѣли связь опредѣленныхъ лицъ съ опредѣленными ве-

щами [1]); для Сперанскаго—это власть человѣка надъ вещами, присвоенная ему Богомъ, какъ естественное достояніе разума его и воли, и только охраняемая и опредѣляемая положительнымъ закономъ. Очевидно, воззрѣнія Сперанскаго вовсе не совпадаютъ съ воззрѣніями Пунчарта, а напротивъ—это тѣ самыя воззрѣнія, противъ которыхъ возстаетъ Пунчартъ. Сперанскій, совершенно въ духѣ установившихся теорій субъективнаго права, признаетъ власть лица надъ вещами существующею раньше и независимо отъ закона, который ее только регулируетъ.

Но различіе воззрѣній Сперанскаго и Пунчарта не ограничивается различіемъ въ пониманіи соотношенія союзовъ и законовъ, нормъ; оно сказывается также весьма рѣзко и въ томъ, что понимаютъ они подъ «союзами».

Прежде всего, у Пунчарта нѣтъ ни слова о союзахъ съ самимъ собой и съ Богомъ. И это понятно само собой, такъ какъ его Rechtsverband есть связь, установляемая государственнымъ закономъ и потому можетъ найдти себѣ мѣсто только въ сферѣ отношеній, подчиненныхъ воздѣйствію государственной власти. Съ другой стороны Rechtsverbände Пунчарта могутъ быть не только между лицами, какъ союзы Сперанскаго, а также и у лица съ вещью. И это опять совершенно понятно. Rechtsverband Пунчарта есть связь, налагаемая закономъ ради опредѣленной цѣли: и лица, и вещи одинаково являются тутъ средствами для внѣ ихъ лежащей цѣли. Союзы Сперанскаго не суть средство для чего либо, а первоначальное основаніе всѣхъ нравственныхъ требованій.

Такъ какъ Rechtsverbände Пунчарта простыя средства для внѣшнихъ цѣлей гражданскаго оборота, то ихъ можетъ быть безчисленное множество, столько-же, сколько различныхъ интересовъ, составляющихъ содержаніе общественной жизни. Союзовъ у Сперанскаго, какъ основы всѣхъ этическихъ отношеній, лишь строго опредѣленное число. Такъ, основой всѣхъ гражданскихъ правъ онъ признаетъ только два союза: союзъ семейственный и союзъ по имуществамъ [2]). О союзахъ, которые бы, какъ это признаетъ Пунчартъ, соотвѣтствовали отдѣльнымъ институтамъ гражданскаго права, у Сперанскаго нельзя найти и намека.

---

[1]) *Puntschart*, l. c., s. 74.

[2]) Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ 1837, стр. 119. Руководство къ познанію законовъ не окончено и изложенія системы гражданскаго права въ немъ нѣтъ.

А. Д. Градовскій.

13 декабря 1841 г.—6 ноября 1889 г.

Въ лицѣ скончавшагося въ ноябрѣ истекшаго (1889) года А. Д. Градовскаго русская наука понесла тяжелую потерю. Это былъ учитель въ самомъ высокомъ значеніи слова. Всегда искренній и часто увлекающійся, онъ умѣлъ увлечь съ собою и слушателя, и читателя. Его слово дѣйствовало обаятельно потому, что всегда неизмѣнно служило высокимъ началамъ правды. Его рѣчь производила глубокое впечатлѣніе, потому что въ ней слышалась живая, неподдѣльная вѣра. И все это подкрѣплялось великою силой обширнаго знанія и глубокаго ума.

Журнальныя статьи и публичныя лекціи покойнаго были такъ блестящи, что въ глазахъ иныхъ они заслоняли его крупныя ученыя работы. Но и самый этотъ блескъ его публицистической дѣятельности обусловливался серьезною научною подготовкой: она-то и придавала такую силу его рѣчи, она-то и дѣлала ее такой убѣдительной и содержательной.

Научное наслѣдіе, оставленное покойнымъ А. Д. Градовскимъ, очень значительно. «Высшая администрація XVIII в. и генералъ-прокуроры», «Исторія мѣстнаго управленія въ Россіи», «Начала русскаго государственнаго права», «Германская конституція», «Государственное право главнѣйшихъ европейскихъ державъ», три сборника его статей: «Исторія, политика, администрація», «Національный вопросъ» и «Трудные годы»—таковы главнѣйшія его произведенія, не считая множества отдѣльныхъ статей, разсѣянныхъ въ журналахъ и газетахъ.

Но среди всѣхъ этихъ ученыхъ и публицистическихъ произведеній первое и, такъ сказать, центральное мѣсто принадлежитъ, безспорно, его «Началамъ русскаго государственнаго права». Съ преподаванія именно русскаго права началъ покойный свою дѣятельность въ петербургскомъ университетѣ, и всѣ другія его произведенія какъ-бы тяготѣютъ къ этому основному, главному труду его жизни. Всѣ они служили или

подготовкой къ нему, или частнымъ освѣщеніемъ проводимыхъ въ немъ идей: закона, народности, свободы. И это дѣлалось само собой, невольно, такъ какъ вся дѣятельность А. Д. Градовсаго посвящена была, въ сущности, одному дѣлу; во всѣхъ своихъ трудахъ онъ ставилъ себъ всегда одну и ту же высокую задачу: выяснить и осмыслить основныя начала нашей государственной жизни. Въ наукѣ онъ видѣлъ не книжную только мудрость, но живую историческую силу. Научную дѣятельность онъ понималъ, прежде всего, какъ служеніе родной странѣ. Каждое его произведеніе, можно сказать—каждая строчка, выходившая изъ подъ его пера, служила отвѣтомъ на волновавшіе и волнующіе наше общество вопросы. Поэтому, оставленное имъ наслѣдіе не представляется случайною совокупностью разрозненныхъ статей и изслѣдованій. Нѣтъ, это одно стройное цѣлое. Словно, съ самаго начала, онъ составилъ себѣ опредѣленный планъ работы на всю свою жизнь.

Подготовкой къ выясненію «началъ» русскаго государственнаго строя послужили, прежде всего, историческія работы. Въ своей магистерской диссертаціи А. Д. Градовскій далъ мастерское изображеніе постепеннаго историческаго развитія въ нашей высшей администраціи XVIII в. личнаго начала, подготовившаго послѣдовавшую затѣмъ замѣну коллегій министерствами. Исторія мѣстнаго управленія въ московскомъ государствѣ послужила предметомъ его докторской диссертаціи, содержащей въ себѣ и обстоятельную теоретическую разработку вопроса о мѣстномъ самоуправленіи. Извѣстная книга В. И. Сергѣевича «Вѣче и князь» дала ему поводъ изложить въ обширной критической статьѣ свои взгляды на нашъ государственный строй вѣчевого періода.

Но покойный профессоръ не ограничился одной только исторической подготовкой. Начала русскаго государственнаго права являются выясненными у него не только исторически, но и теоретически. И вотъ, прежде всего представлялось необходимымъ выяснить, въ какомъ отношеніи находятся между собой своеобразныя начала нашего государственнаго быта къ общимъ принципамъ, выработаннымъ политической наукой запада. Мы приняли участіе въ общей европейской жизни послѣ долгой, вѣковой отчужденности. Мы вступили въ семью европейскихъ народовъ съ самобытными особенностями, обусловленными своеобразностью нашего историческаго прошлаго. Противоположеніе русской самобытности началамъ западной политической жизни породило у насъ борьбу двухъ направленій, западническаго и славянофильскаго. На чью сторону долженъ былъ стать истолкователь русскаго государственнаго права въ этомъ спорѣ? Въ блестящихъ лекціяхъ своихъ о славянофилахъ раскрылъ онъ предъ слушателями общіе корни и общія ошибки и западниковъ, и славянофиловъ, одинаково опиравшихся на философское ученіе Фихте и Гегеля, одинаково впадавшихъ въ крайность. Самъ

онъ, вмѣстѣ съ славянофилами, выдвигаетъ значеніе народности, какъ необходимой основы прочнаго политическаго развитія, и въ цѣломъ рядѣ статей старается выяснить идею народности въ ея отношеніи къ государству. Но онъ же вмѣстѣ съ западниками признаетъ необходимымъ поучиться у западныхъ народовъ, чтобы усвоить себѣ все, что есть въ ихъ цивилизаціи общечеловѣческаго. Не мало труда положилъ онъ на изученіе исторіи политическихъ учрежденій запада и, въ своемъ «Государственномъ правѣ главнѣйшихъ европейскихъ державъ», далъ намъ талантливое изложеніе постепеннаго развитія конституціонализма. Въ обширномъ двухтомномъ трудѣ «Германская конституція» мы находимъ яркую картину политическаго объединенія нѣмецкаго народа.

Среди изслѣдованій А. Д. Градовскаго найдутся и посвященныя изученію отвлеченныхъ философскихъ системъ. Но характерно, что и тутъ онъ выбралъ именно то философское ученіе, ученіе Гегеля, которое пользовалось особеннымъ вліяніемъ въ русской жизни, получило руководящее значеніе для литературныхъ кружковъ сороковыхъ годовъ. И такъ во всемъ. Все, что написано А. Д. Градовскимъ, имѣетъ самое непосредственное отношеніе къ нашей государственной и общественной жизни.

Быть можетъ читатель скажетъ, что такъ и должно быть съ каждымъ государствовѣдомъ, что русскій изслѣдователь государственнаго права и не можетъ выбирать вопросовъ, чуждыхъ русской жизни. Да, конечно, такъ и должно быть, но только это далеко не такъ на самомъ дѣлѣ. Въ нашихъ университетахъ и было, и есть не мало профессоровъ государственнаго права; но труды ихъ, за исключеніемъ развѣ двухъ-трехъ, остались совершенно чуждыми русской жизни. Мы имѣемъ спеціальныя изслѣдованія по организаціи мѣстнаго самоуправленія въ Пруссіи и Франціи; мы имѣемъ книги, спеціально посвященныя изложенію ученій Штейна и Гнейста, чего нѣтъ даже у самихъ нѣмцевъ; у насъ имѣются архивныя изслѣдованія по юрисдикціи налоговъ во Франціи въ XVI вѣкѣ,—все это у насъ есть. Но если васъ интересуетъ какой-нибудь вопросъ нашего государственнаго права, вы найдете его разработку только у Градовскаго, у одного Градовскаго. И это такъ даже по самымъ крупнымъ вопросамъ государственнаго права. Въ системѣ нашего законодательства III и IX томы Свода Законовъ, конечно, одни изъ самыхъ важныхъ. Въ силу особенностей нашего государственнаго строя, государственная служба получаетъ особенное значеніе. У насъ это не только техническій вопросъ цѣлесообразнаго пополненія личнаго состава государственныхъ учрежденій. У насъ государственная служба имѣетъ и политическое значеніе, какъ единственная форма участія общества въ общей государственной жизни, какъ главный путь къ переходу въ привилегированное состояніе дворянства. Постановка государственной службы

такимъ образомъ непосредственно вліяетъ на весь складъ нашей государственной жизни. Слѣдовало бы поэтому ожидать, что по крайней мѣрѣ этотъ вопросъ сдѣлается у насъ предметомъ спеціальныхъ изслѣдованій. Въ нашей литературѣ, правда, имѣются двѣ монографіи о государственной службѣ, Нелидова и Куплевасскаго, но ни въ одной изъ нихъ нѣтъ ни слова о русскомъ законодательствѣ. То-же самое повторилось и съ нашими законами о правахъ состоянія. Выдающаяся историческая роль дворянстаа, громадное значеніе крестьянской реформы, казалось бы, сами собой заставляютъ русскаго государствовѣда остановиться на изученіи IX тома и Особаго къ нему приложенія. Но и по этому отдѣлу законодательства во всей нашей литературѣ только и есть, что первый томъ «Началъ русскаго государственнаго права».

Чѣмъ же объяснить такое безучастіе нашихъ публицистовъ къ родному праву? Объясненія можно искать тутъ лишь въ одномъ—въ необыкновенной трудности дѣла. Матеріалъ нашего государственнаго законодательства представляется изслѣдователю въ самомъ сыромъ видѣ. Онъ разсѣянъ во множествѣ томовъ Свода Законовъ, но все-таки весь не собранъ въ Сводѣ. Онъ загроможденъ массою мелочныхъ подробностей, чисто техническихъ или имѣющихъ характеръ нравственныхъ сентенцій, въ значительной части къ тому же совершенно устарѣлыхъ. И въ этой массѣ частныхъ постановленій, неимѣющихъ никакого юридическаго значенія, приходится разыскивать разрозненныя и неполныя опредѣленія, представляющія дѣйствительно принципіальное значеніе. При казуистичности и неполнотѣ нашихъ административныхъ уставовъ, административная практика, особенно практика Сената, играетъ большую роль въ практической постановкѣ управленія, а между тѣмъ она остается совершенно безгласной. При такихъ условіяхъ дать хотя бы только полное систематическое описаніе дѣйствующаго у насъ государственнаго права требуетъ уже огромнаго труда, кропотливой, упорной работы. Но образованный юристъ, а тѣмъ болѣе ученый изслѣдователь, не можетъ удовольствоваться однимъ только описаніемъ, однимъ пересказомъ законодательства. Научная обработка предполагаетъ освѣщеніе законодательнаго матеріала общими началами, выработанными теоріей. Иностранная политическая наука, правда, уже выработала эти начала. Но чтобы примѣнить выводы западныхъ теорій къ выясненію нашего законодательства, надо, чтобы нашъ законодательный матеріалъ получилъ хотя приблизительно такую-же внѣшнюю систематическую обработку, въ какой представляется намъ государственное право западныхъ державъ. Поэтому, когда А. Д. Градовскій приступилъ къ составленію своего курса русскаго государственнаго права, ему пришлось сразу дѣлать два дѣла: собрать и систематизировать законодательный матеріалъ и вмѣстѣ съ тѣмъ раскрыть въ этой массѣ казуистическихъ постановленій общія *на-*

чала русскаго государственнаго права. Дюгамель, Андреевскій, Романовичъ-Славатинскій въ своемъ изложеніи дѣйствующаго права давали развѣ-что короткій перечень нашихъ учрежденій, и то далеко неполный. Можно сказать, что именно тѣ вопросы, которые представляютъ наибольшій практическій интересъ, и вмѣстѣ наибольшія трудности для разработки, остались въ ихъ трудахъ вовсе незатронутыми. Но А. Д. Градовскій, конечно, не могъ ихъ обойти. Онъ не могъ, вмѣсто научной системы, положить въ основу своего изложенія внѣшній порядокъ отдѣльныхъ томовъ Свода законовъ и, начавъ съ перваго, отложить разсмотрѣніе III и IX томовъ ad calendas graecas. Онъ не могъ построить систему своего курса на противоположеніи правительства и общества и дать изложеніе одного лишь ученія о правительствѣ, не могъ, потому что понять государственный строй страны возможно только путемъ выясненія взаимной связи этихъ элементовъ. Въ первомъ же томѣ своего курса ему пришлось поэтому остановиться на двухъ совершенно незатронутыхъ предшествующей литературой вопросахъ: на выясненіи юридической формы нашего государственнаго строя и на научной обработкѣ нашихъ законовъ о правахъ состоянія. Во второмъ томѣ онъ точно также далъ первую и до сихъ поръ единственную обработку III тома.

«Начала русскаго государственнаго права» не только огромный трудъ, плодъ долгой, кропотливой работы,—это, можно сказать, великій подвигъ. Чтобы приняться за такое дѣло, нужна необыкновенная любовь и способность къ научной работѣ; чтобы успѣть въ немъ, нуженъ крупный, выдающійся талантъ. А успѣхъ оказался несомнѣнный. Авторъ не даромъ назвалъ свою книгу «Началами». Онъ дѣйствительно выясняетъ въ ней основныя начала русской государственной жизни, и каждый томъ его курса представляетъ собою какъ-бы живое цѣлое, объединенное одной общей идеей. Такъ, въ первомъ томѣ такой общей идеей является начало законности, во второмъ—понятіе должности, въ третьемъ—понятіе мѣстности, какъ органической части государства. Третій томъ остался къ сожалѣнію незаконченнымъ. Смерть слишкомъ безвременно унесла отъ насъ перваго, дѣйствительно научнаго истолкователя началъ русскаго государственнаго права.

П. Г. Рѣдкинъ его жизнь и труды.

Петръ Григорьевичъ Рѣдкинъ [1]), родился 4 октября 1808 г., въ городѣ Ромнахъ. Отецъ его былъ родовитый зажиточный малороссійскій дворянинъ, подъ знаменами Суворова совершившій переходъ черезъ Альпы и участвовавшій въ покореніи Польши. Потомъ былъ нѣсколько лѣтъ полиціймейстеромъ въ Ромнахъ и, выйдя въ 1820 г. въ отставку, поселился на своемъ хуторѣ, гдѣ и умеръ въ 1848 году.

Первоначальное образованіе Рѣдкинъ получилъ дома подъ руководствомъ русскаго учителя и французскаго дядьки. Уже въ это время сказалось въ немъ влеченіе къ учительству. Любимѣйшею его игрою было собирать вокругъ себя мальчишекъ, задавать имъ уроки и спрашивать ихъ. Въ Роменскомъ уѣздномъ училищѣ, куда онъ затѣмъ поступилъ, учителя, по собственному его свидѣтельству, почти всѣ были люди достойные, а преподаваніе велось по хорошимъ для того времени руководствамъ, составленнымъ еще при Екатеринѣ II для народныхъ училищъ. Въ числѣ ихъ была и Пуффендорфова книга, «О должностяхъ человѣка и гражданина». Но Рѣдкинъ не довольствовался тѣмъ, что давало ему училище. У отца его, Григорія Федоровича, была небольшая русская библіотека, содержавшая въ себѣ нѣсколько историческихъ сочиненій. Рѣдкинъ съ жадностью перечелъ ее всю.

По окончаніи съ отличіемъ курса въ уѣздномъ училищѣ, Рѣдкинъ въ ноябрѣ 1820 года былъ отданъ въ только что открытую тогда въ Нѣжинѣ Гимназію высшихъ наукъ князя Безбородко.

Директорами гимназіи во время нахожденія въ ней Рѣдкина были В. Г. Кукольникъ, умершій 7 февраля 1821 г., и затѣмъ И. С. Орлай.

Программа преподаванія была выработана Кукольникомъ. Ученики принимались отъ 9 до 11 лѣтъ и курсъ продолжался 9 лѣтъ, раз-

---

[1]) Матеріаломъ мнѣ послужили: 1) автобіографія въ Біографическомъ словарѣ Императорскаго московскаго университета, 2) Лицей князя Безбородко изд. графа Б. А. Кушелева-Безбородко и 3) *П. Г. Рѣдкинъ*, біографическій очеркъ М. В. Шимановскаго. Одесса. 1891 г.

дѣляясь на три періода и каждый періодъ на три годичныхъ класса. Программа была довольно пестрая, охватывавшая языки древніе и новые, историческія, естественныя и этико-политическія науки. Послѣднія были отнесены къ третьему періоду. Здѣсь преподавались: въ седьмомъ классѣ логика, нравственная философія, естественное право, естественная исторія, чтеніе Св. Іоанна Златоуста и Амвросія Медіоланскаго и геометрическая съемка мѣстностей; въ восьмомъ — народное государственное хозяйство, исторія и догма римскаго права, физика и артиллерія; въ девятомъ—россійское гражданское и уголовное право и практическое судопроизводство, литовскій статутъ и вмѣстѣ съ тѣмъ физика и фортификація.

Профессоромъ политическихъ наукъ былъ М. В. Билевичъ, венгерецъ родомъ, воспитанникъ пештскаго университета, приглашенный въ Россію учителемъ нѣмецкаго языка. Въ политическихъ и юридическихъ наукахъ онъ не отличался большими познаніями. Гораздо выше стоялъ Н. Р. Бѣлоусовъ, питомецъ Харьковскаго университета, послѣдователь Канта, читавшій римское и естественное право и по свидѣтельству Н. Кукольника имѣвшій огромное и благотворное вліяніе на слушателей.

Самъ Рѣдкинъ придавалъ очень большое значеніе энциклопедическому образованію, полученному имъ въ гимназіи Безбородко. Но въ особенности благотворно подѣйствовало на него въ то время, по его собственнымъ словамъ, господствовавшее тогда между воспитанниками гимназіи направленіе, выражавшееся не только въ страсти къ чтенію, но и въ начаткахъ литературной дѣятельности. Съ нимъ были одновременно въ гимназіи Гоголь, Н. Кукольникъ, В. Тарновскій, Базили, Прокоповичъ, всѣ болѣе или менѣе оставившіе по себѣ слѣдъ въ русской литературѣ. Въ гимназіи они составляли кружокъ ревностно занимавшійся чтеніемъ, для чего представляла большія удобства богатая французская библіотека, подаренная гимназіи при самомъ ея учрежденіи графомъ Кушелевымъ-Безбородко. А вообще въ то время въ Нѣжинѣ не легко было доставать книги. Кукольникъ разсказываетъ, что когда, послѣ долгихъ стараній, онъ досталъ наконецъ «De jure belli ac pacis», Гуго Гроція, онъ съ радости обнялъ эту книгу. Молодежь эта еще въ гимназіи ознакомилась съ Боссюстомъ, Вико, Гердеромъ и съ нѣкоторыми сочиненіями Канта, главнымъ образомъ подъ вліяніемъ Бѣлоусова. Рѣдкинъ, вмѣстѣ съ Базили, Кукольникомъ и Тарновскимъ, предпринялъ даже составлять сокращеніе многотомной всеобщей исторіи, изданной обществомъ англійскихъ ученыхъ. Кромѣ чтенія кружокъ этотъ издавалъ рукописные журналы и альманахи. Въ тѣсной комнаткѣ Рѣдкина, въ квартирѣ надзирателя Мышковскаго, постоянно собирался кружокъ товарищей для чтенія и критики статей этихъ журналовъ.

Подготовка, полученная Рѣдкинымъ въ уѣздномъ училищѣ, дала ему

возможность пройти курсъ гимназіи, вмѣсто девяти, всего въ шесть лѣтъ. Въ іюлѣ 1826 года, онъ окончилъ курсъ первымъ кандидатомъ и записанъ въ Liber honoris съ правомъ на полученіе золотой медали. Отецъ Рѣдкина, хотѣлъ опредѣлить его въ гражданскую службу, а самъ онъ мечталъ о Дерптскомъ университетѣ, думая найти тамъ лучшія условія подготовки къ каѳедрѣ. Но родители не хотѣли отпустить его такъ далеко и послѣ усиленныхъ просьбъ ему пришлось удовольствоваться московскимъ университетомъ. Въ октябрѣ 1826 г. онъ поступилъ на эти кополитическое отдѣленіе, съ освобожденіемъ отъ слушанія приготовительныхъ курсовъ. Среди московскихъ профессоровъ юристовъ того времени особенно выдавались Сандуновъ и Цвѣтаевъ. Это были вмѣстѣ съ тѣмъ представители двухъ совершенно противуположныхъ направленій. Сандуновъ—«знаменитый юристъ-практикъ и отлично остроумный человѣкъ», какъ опредѣлилъ его самъ Рѣдкинъ. Профессоромъ онъ сдѣлался изъ сенатскихъ оберъ-секретарей, замѣстивъ въ университетѣ Горюшкина, автора многотомнаго «Россійскаго законоискусства». Сандуновъ слѣдовалъ тому же направленію: онъ преподавалъ не науку, а искусство. Онъ не терпѣлъ, по собственному его выраженію, никакихъ высшихъ взглядовъ и широковѣщательныхъ теорій. Лекціи его имѣли практическій характеръ и начинались съ чтенія послѣдняго нумера «Сенатскихъ Вѣдомостей»—читалъ кто-нибудь изъ студентовъ посреди аудиторіи, у налоя. По прочтеніи каждаго узаконенія, Сандуновъ объяснялъ его значеніе и отношеніе къ прежнимъ законамъ. Затѣмъ переходили къ практическимъ упражненіямъ въ формѣ разбора тяжебныхъ и уголовныхъ дѣлъ. Каждый студентъ проходилъ одну за другою всѣ должности отъ повытчика, до губернатора, но только сенаторами не бывали.

Совсѣмъ иного рода были лекціи Цвѣтаева «правъ знатнѣйшихъ древнихъ и новыхъ народовъ профессора», доктора философіи геттингенскаго университета, побывавшаго въ Парижѣ какъ разъ во время работъ по составленію французскаго кодекса. Цвѣтаевъ явился на каѳедрѣ съ иной подготовкой и съ другими задачами, нежели Сандуновъ. Зарождавшаяся тогда въ Геттингенѣ историческая школа не оказала на него замѣтнаго вліянія. Но тѣмъ полнѣе и безусловнѣе подчинялся онъ вліянію французскихъ ученій—ученій, унаслѣдованныхъ отъ XVIII вѣка.

Таковы были самыя крупныя силы этико-политическаго отдѣленія въ то время. Ни энциклопедіи, ни философіи права въ тѣ годы никто не читалъ. Шлецеръ, читавшій одно время естественное право, уѣхалъ заграницу передъ самымъ поступленіемъ Рѣдкина въ университетъ.

Кромѣ юридическихъ собственно предметовъ, Рѣдкинъ слушалъ также историческіе и словесные курсы, и болѣе всѣхъ признавалъ себя

обязаннымъ Каченовскому «въ отношеніи не столько самого содержанія, сколько ученыхъ пріемовъ». Объ этомъ періодѣ своей жизни Рѣдкинъ говорилъ, что «пребываніе въ столицѣ открыло для него много до того времени неизвѣстныхъ или недоступныхъ литературныхъ и ученыхъ пособій, а сближеніе съ нѣкоторыми студентами расширило кругъ его понятій. Но въ особенности московскій университетъ, не смотря на неблагопріятныя обстоятельства, способствовалъ созрѣнію въ немъ мысли посвятить себя профессорскому званію».

Въ Москвѣ созрѣла у Рѣдкина мысль стать профессоромъ; но не въ Москвѣ закончилось его юридическое образованіе. Когда въ 1828 году были вызываемы изъ русскихъ университетовъ молодые люди, чтобы, пробывъ нѣкоторое время въ дерптскомъ университетѣ, быть посланными заграницу для приготовленія тамъ къ каѳедрѣ, Рѣдкинъ, хотя никому изъ профессоровъ ближайшимъ образомъ неизвѣстный, самъ заявилъ свою кандидатуру. Не спросивъ позволенія родителей, въ согласіи которыхъ имѣлъ основательную причину сомнѣваться, онъ съ величайшею настойчивостью добился въ маѣ 1828 года своей посылки сначала въ Дерптъ, потомъ въ Берлинъ, вмѣстѣ съ Пироговымъ, Шиховскимъ, Троцкимъ, Сокольскимъ, Шуманскимъ.

Въ Дерптѣ, избравъ главнымъ своимъ предметомъ римское право, Рѣдкинъ занимался подъ ближайшимъ руководствомъ профессоровъ Дабелова и Клоссіуса. У послѣдняго слушалъ и энциклопедію права. О Дерптѣ онъ самъ говорилъ, что обязанъ ему очень многимъ: «здѣсь онъ приготовился къ тому, чтобы вполнѣ воспользоваться заграничнымъ пребываніемъ; здѣсь его общему и въ особенности юридическому образованію положена была прочная основа; здѣсь онъ изучилъ, кромѣ нѣмецкаго, древніе языки».

Въ 1830 г., 5 октября, Рѣдкинъ былъ причисленъ ко II Отдѣленію Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи и затѣмъ вмѣстѣ съ Калмыковымъ отправленъ заграницу, гдѣ пробылъ до іюля 1834 года. За это время онъ слушалъ лекціи въ германскихъ университетахъ, большею частью въ Берлинскомъ, а вакаціи проводилъ въ ученыхъ путешествіяхъ по Германіи, Швейцаріи и Италіи.

Берлинскій университетъ находился тогда на высотѣ своего процвѣтанія. Рѣдкинъ слушалъ тамъ Савиньи, Эйхгорна, Раумера, Ланцицолле, Рудорфа, Кленце, Гомейера, Бека, Гегеля и Ганса. Ближайшее руководство занятіями русскихъ юристовъ въ Берлинѣ было поручено Савиньи, въ частной библіотекѣ котораго Рѣдкинъ занимался съ помощью Рудорфа.

Но послѣдователемъ исторической школы онъ не сдѣлался. Его болѣе тянуло къ философской системѣ Гегеля, къ воззрѣнію на право Тибо. Въ посвященной Гейдельбергскому университету статьѣ Рѣдкина, по поводу очень сочувственной характеристики Тибо, дается такая оцѣнка

ученій исторической школы: «Историческая школа ставитъ философскую и историческую сторону права въ совершенную противоположность. По ея мнѣнію, философскій взглядъ на право полагаетъ въ основаніе правовѣдѣнія отвлеченное и произвольное начало, и изъ него, помощію формальнаго логическаго закона, выводитъ всѣ частности и особенности; напротивъ, историческій взглядъ на право ищетъ начала не въ личномъ о немъ понятіи, а въ самыхъ предметахъ, выражающихъ его сущность. Историческая школа думаетъ, что она, освободивши право отъ личнаго произвольнаго сужденія, дала ему дѣйствительность, сообщила силу самостоятельной жизни, которая развивается изъ рода въ родъ, помощію своего собственнаго внутренняго стремленія, не имѣя нужды въ философскомъ началѣ, привходящемъ извнѣ, и потому вносящемъ искусственный элементъ въ естественный составъ жизни. Если бы право имѣло, въ смыслѣ исторической школы, истинную дѣйствительность, то эта дѣйствительность должна бы находиться во всеобщности его опредѣленій. Право должно быть вѣчнымъ, непреходимымъ закономъ въ жизни народовъ, должно бы властвовать надъ всякимъ произволомъ и личнымъ мнѣніемъ. Въ такомъ бы только случаѣ право стало противоположнымъ произвольному, искусственному его образованію и вмѣстѣ оно бы сдѣлалось для мыслящаго духа свободнымъ его царствомъ, которое онъ можетъ обнять однимъ мышленіемъ, независимо отъ случайностей историческаго развитія права. Но историческая школа хочетъ смотрѣть на право только съ одной исторической стороны. Хотя она освобождаетъ право отъ произвола законодательства и принимаетъ его какъ результатъ дѣятельности народа, но чрезъ это перемѣняетъ только роли: одно лицо заступаетъ мѣсто другого. Право все еще остается дѣломъ личности, и его необходимость основывается не на внутренней его сущности, не на его разумѣ, но на связи его историческаго происхожденія и развитія съ отвлеченнымъ понятіемъ, которое называется исторической школою народовъ. Историческая школа не совсѣмъ послѣдовательна, а то она не отвергла бы того, въ чемъ ее обвиняютъ; созналась бы, что она основою своего ученія поставляетъ неразумность права, именно чрезъ то, что она разсматриваетъ съ одной только исторической стороны, односторонне».

Возвратившись изъ заграницы, Рѣдкинъ сталъ готовится къ испытанію на степень доктора правъ по особой программѣ, напечатанной по Высочайшему повелѣнію. Самое испытаніе производилось въ учрежденной по Высочайшему повелѣнію при юридическомъ факультетѣ петербургскаго университета коммисіи изъ профессоровъ факультета и старшихъ чиновниковъ II отдѣленія, подъ предсѣдательствомъ М. А. Балугьянскаго. Представленія диссертаціи при этомъ не требовалось; она замѣнялась публичной защитой «тезисовъ, выбранныхъ изъ разныхъ

частей правовѣдѣнія». По полученіи въ сентябрѣ 1835 года докторскаго диплома, Рѣдкинъ былъ назначенъ въ Московскій университетъ читать энциклопедію законовѣдѣнія. Лекціи свои онъ началъ въ ноябрѣ. Въ декабрѣ произведенъ въ экстра-ординарные профессора энциклопедіи законовѣдѣнія и государственныхъ законовъ, а въ 1847 году—получилъ ординатуру.

Съ іюля 1842 г. по августъ 1843 г. Рѣдкинъ былъ заграницей въ Англіи, Франціи, Испаніи, Италіи, Германіи, знакомясь тамъ съ учебною частію, администраціей и судопроизводствомъ.

Въ формулярномъ спискѣ Рѣдкина подъ 1844 годомъ значится, что 8 іюня «за представленную имъ диссертацію объ уголовной кодификаціи г. Министромъ Народнаго Просвѣщенія онъ утвержденъ въ степени доктора правъ». Такимъ образомъ получившій уже въ 1835 г. степень доктора правъ, черезъ девять лѣтъ вторично утверждался въ той же самой степени. Полученіе Рѣдкинымъ докторской степени въ 1835 году также отмѣчено въ формулярѣ. Все это очень странно, но разъяснить мнѣ не удалось. Къ тому же въ автобіографіи Рѣдкина о всемъ этомъ нѣтъ и намека.

Статья Рѣдкина «Объ уголовной кодификаціи» была напечатана еще въ 1842 г. въ «Юридическихъ Запискахъ». Поводомъ къ ея появленію послужили толки о готовившемся тогда новомъ уложеніи. Авторъ предлагалъ» прислушаться къ тому, что говоритъ объ этомъ наука и жизнь въ тѣхъ государствахъ, которая ранѣе насъ созрѣли для науки и жизни». Ссылаясь на учебникъ С. Баршева, авторъ опровергаетъ прежде всего относительныя теоріи наказанія, но затѣмъ точно также и абсолютныя теоріи справедливости. Начало истинной науки уголовнаго права всесторонне. «Несправедлива и полезность, отрѣшенная отъ справедливости, и справедливость, отрѣшенная отъ полезности. Такъ называемая абсолютная теорія о наказаніяхъ, которая нисколько не заботится о внѣшней цѣли, наказываетъ зло потому только, что оно есть зло, поведетъ къ той ничѣмъ неоправдываемой жестокости, которая несовмѣстна ни съ правомъ, верховной власти принадлежащимъ, помилованія преступника, ни съ прекращеніемъ дальнѣйшаго преслѣдованія преступленій по прошествіи опредѣленнаго срока т. н. уголовной давности: она оправдаетъ жестокое изрѣченіе: fiat justitia, pereat mundus; она, наконецъ, даетъ судьѣ не человѣческое, а Божеское право подвергать своему суду и наказанію всякое моральное прегрѣшеніе».

Послѣ этой критики теорій дается обозрѣніе уголовныхъ кодексовъ различныхъ европейскихъ государствъ, а въ заключеніи излагаются «правила, которыми должно руководствоваться въ дѣлѣ кодификаціи»,— самая интересная часть статьи, содержащая много очень дѣльныхъ мыслей.

Послѣ вторичнаго полученія докторства, профессорская дѣятельность Рѣдкина въ Москвѣ продолжалась не долго. Въ половинѣ января 1848 года онъ подалъ прошеніе объ увольненіи отъ должности и 6 іюля былъ дѣйствительно уволенъ. Поводомъ къ уходу изъ университета послужило столкновеніе съ извѣстнымъ романистомъ Никитой Крыловымъ. Кавелинъ, Коршъ, Грановскій, какъ и Рѣдкинъ, не находили возможнымъ оставаться коллегами Крылова и всѣ подали прошеніе объ увольненіи. Только одному Грановскому было отказано въ увольненіи, такъ какъ онъ не отслужилъ еще къ тому времени обязательныхъ за заграничную командировку 12-ти лѣтъ. Трое остальныхъ ушли изъ университета.

Профессорская дѣятельность въ Москвѣ завоевала Рѣдкину [illegible] скоро широкую популярность, сдѣлала его общимъ любимцемъ всего студенчества. Его живая и энергическая рѣчь, часто переходившая въ увлеченіе лиризма, его проповѣдь любви къ наукѣ, чувства правды и справедливости обаятельно дѣйствовали на аудиторію. Любимымъ его предметомъ была философія права и государства, которую онъ излагалъ тогда въ духѣ Гегелева ученія. Свой курсъ энциклопедіи законовѣдѣнія онъ постоянно перерабатывалъ, чтобы довести свои лекціи до большаго совершенства. Изъ положительнаго иностраннаго права онъ посвящалъ болѣе всего времени на историческое и догматическое изложеніе государственнаго устройства Англіи, Франціи и Германіи, не оставляя и другихъ государствъ европейскихъ и американскихъ. Читалъ также и спеціальные курсы по исторіи германскаго права, о французской кодификаціи, о бракѣ въ его всемірно-историческомъ развитіи.

Съ профессорскою дѣятельностью Рѣдкинъ соединялъ въ это время и литературную дѣятельность. Съ 1841 года сталъ онъ издавать безсрочное повременное изданіе «Юридическія Записки», а съ 1843 года еще и «Библіотеку для воспитанія».

Кромѣ того, онъ былъ въ то же время инспекторомъ частныхъ учебныхъ заведеній въ Москвѣ съ 1841 по 1847 годъ, а послѣ выхода изъ университета былъ назначенъ инспекторомъ классовъ Александринскаго сиротскаго института. Но пробылъ въ этой должности менѣе года и 10 іюля 1849 года назначенъ секретаремъ при товарищѣ министра удѣловъ графѣ Перовскомъ. Въ слѣдующимъ 1850 году 11 марта назначенъ членомъ общаго присутствія департамента удѣловъ.

Перерывъ профессорской дѣятельности Рѣдкина продолжался 15 лѣтъ. Все это время онъ вспоминалъ о своемъ профессорствѣ, какъ о самыхъ лучшихъ годахъ своей жизни. Онъ не допускалъ мысли прожить всю остальную жизнь не вернувшись на каѳедру, гдѣ онъ чувствовалъ себя единственно на мѣстѣ, сознавая въ себѣ только силу на то, чтобы живымъ, одушевленнымъ словомъ возжигать въ молодыхъ сердцахъ лю-

бовь къ правдѣ и ненависть ко всякой лжи, въ какомъ бы нарядномъ, призрачномъ свѣтѣ она ни явилась передъ ними.

И за это время появлялись въ печати статьи Рѣдкина по вопросамъ науки права: два обозрѣнія юридической литературы по римскому праву (1859) и по юридической энциклопедіи (1860) и, кромѣ того, статья «О независимости юстиціи» (1860 г.), гдѣ развивается та мысль, что англичане и сѣверо-американцы, понимая юстицію въ обширномъ смыслѣ этого слова, по которому она означаетъ не только отправленіе правосудія, но и произносимый правый судъ, вообще правду или право, разумѣютъ подъ независимостію юстиціи независимость не однихъ судебныхъ мѣстъ, но всего, относящагося къ судоговоренію:—независимость судей и адвокатовъ, независимость закона или верховную власть его надъ всѣми и каждымъ въ государствѣ, и независимость права, т. е. свободное его развитіе въ самомъ народѣ.

Ожиданіе возвращенія на университетскую каѳедру сбылось въ 1863 году: 12 іюня Рѣдкинъ былъ назначенъ на каѳедру энциклопедіи законовѣдѣнія въ петербургскій университетъ.

Появленію Рѣдкина предъ студентами предшествовали слухи о томъ, что онъ не избранъ, а назначенъ. Въ иныхъ студенческихъ кружкахъ это возбуждало противъ него предубѣжденіе. Но первая же его лекція завоевала ему всю его аудиторію безраздѣльно. По разсказамъ тогдашнихъ его слушателей, онъ взошелъ на каѳедру видимо взволнованный и нѣсколько минутъ молчалъ, прежде чѣмъ произнесъ обычное «милостивые государи»! Онъ началъ съ выясненія той новой постановки, какую его каѳедрѣ давалъ университетскій уставъ 1863 года, переименовавшій ее изъ энциклопедіи *законовѣдѣнія* въ энциклопедію *права*. Затѣмъ, объяснивъ причины, побудившія его принять эту каѳедру, онъ закончилъ свою вступительную лекцію призывомъ слушателей судить его профессорскую дѣятельность, его лекціи со всею строгостью, напомнивъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что безпристрастный судья долженъ всегда выслушивать подсудимаго прежде чѣмъ произнесетъ надъ нимъ приговоръ.

Этотъ призывъ не прошелъ безплодно, пятнадцать чередующихся одно за другимъ поколѣній молодежи съ чуткимъ, жаднымъ вниманіемъ слушали любимаго учителя. И какъ читались эти лекціи! Кто изъ бывшихъ студентовъ петербургскаго университета не помнитъ одинадцатой (теперь девятой) аудиторіи во время лекцій Рѣдкина? Обширный амфитеатръ аудиторіи весь биткомъ набитъ до самыхъ ступеней каѳедры слушателями, внимающими словамъ учителя такъ торжественно, съ такимъ сознаніемъ святости долга, выполняющаго свое дѣло, словно онъ священнодѣйствуетъ на каѳедрѣ. Въ его любви къ «нашей наукѣ», какъ онъ называлъ энциклопедію права, въ его преданности призванію учителя была какая-то сила, невольно покорявшая умъ и увлекавшая за собой. Чѣмъ иначе

объяснить, что въ тревожное время шестидесятыхъ и семидесятыхъ годовъ университетская молодежь, такъ увлекавшаяся тогда политическими и соціальными вопросами, толпилась у каѳедры, съ которой ей во всѣхъ детальныхъ подробностяхъ и съ строгою методичностью излагали теологизирующую систему Шталя и панѳнтеизмъ Краузе?

Со временемъ вступленія Рѣдкина въ петербургскій университетъ совпало совершенное измѣненіе самыхъ основаній его философскаго міровоззрѣнія. Прежде убѣжденный гегеліанецъ, онъ переходитъ теперь на сторону позитивизма. Одинъ изъ первыхъ слушателей Рѣдкина въ Петербургѣ г. Шимановскій напечаталъ любопытный разсказъ о той лекціи, на которой Рѣдкинъ заявилъ аудиторіи о своемъ переходѣ отъ гегеліанства къ позитивизму. Это была послѣдняя лекція перваго года. «Изложивъ въ нѣсколькихъ лекціяхъ ученіе Гегеля, Петръ Григорьевичъ началъ дѣлать поясненія о значеніи его теоріи, какую роль она сыграла въ исторіи человѣческаго мышленія и какъ она несостоятельна передъ системой позитивизма, представителемъ котораго является Огюстъ Контъ. Рѣдкинъ развѣнчалъ своего учителя, свой идеалъ! Впечатлѣніе было поразительное. Такія лекціи не забываются, и я до сихъ поръ живо вспоминаю, какъ мы въ юношескомъ порывѣ скорбѣли за Рѣдкина и какъ намъ было грустно и за Гегеля».

Нельзя, однако, не замѣтить, что этотъ переходъ къ позитивизму не былъ полнымъ и достаточно послѣдовательнымъ. Многое въ его лекціяхъ и въ это время подходило ближе къ системѣ Гегеля, чѣмъ къ позитивизму. Ученіе позитивистовъ, что все человѣческое знаніе относительно, что намъ недоступно познаніе абсолютнаго, никогда не было Рѣдкинымъ воспринято вполнѣ. Начала правды и справедливости являлись въ его изложеніи, началами абсолютными. Генетическій методъ, которымъ, съ переходомъ къ позитивизму, онъ думалъ замѣнить діалектическій методъ Гегеля, въ практическомъ приложеніи оказывался очень близкимъ къ діалектическому. Въ лекціяхъ Рѣдкина раскрывался не генезисъ реальныхъ явленій историческаго развитія положительнаго права, а только генезисъ понятія правды и справедливости. Поэтому и курсъ энциклопедіи сводился у Рѣдкина къ изложенію собственно развитія философскихъ ученій о правѣ. Такъ въ послѣднемъ читанномъ имъ курсѣ 1877—78 учебнаго года въ литографированномъ видѣ, сохранившемся въ нашей университетской библіотекѣ, I отдѣлъ первой части посвященный изложенію принциповъ и опредѣленій права [1]), дѣлится сообразно стадіямъ генетическаго развитія на три главы: 1) восхожденіе къ принципамъ и опредѣленіямъ права, 2) развитіе принциповъ и опре-

[1]) Энциклопедія юридическихъ, политическихъ и соціальныхъ наукъ 1877—78 акад. года, стр. 119 и слѣд.

дѣленій и 3) отношеніе науки къ принципамъ и опредѣленіямъ права. Подъ восхожденіемъ къ принципамъ права Рѣдкинъ понималъ «рядъ положительныхъ фактовъ, какъ ступеней поступательнаго генетическаго движенія восхожденія человѣчества въ своемъ сознаніи къ принципамъ права. Весь этотъ рядъ положительныхъ фактовъ служитъ отправною точкою генезиса этого предмета, какъ развитія поставляемыхъ философами принциповъ права». Во второй главѣ подъ развитіемъ разумѣется генетическое развитіе, а не другое какое-нибудь, напр., историческое, а подъ принципами права разумѣются здѣсь «поставленные философами начала права». Наконецъ, въ третьей главѣ подъ «отношеніемъ науки къ принципамъ права» должно разумѣть «различные взгляды представителей науки на поставленные принципы и вообще указаніе на то, какъ можетъ смотрѣть на нихъ наука, какъ смотритъ и какъ должна смотрѣть» [2]). Этотъ отрывокъ какъ нельзя характернѣе и нагляднѣе изображаетъ особенности генетической методы Рѣдкина. Дѣйствительный предметъ его изслѣдованія не явленія дѣйствительности, а создаваемыя человѣческимъ сознаніемъ понятія. Если въ первой главѣ разсматриваемаго нами отдѣла и говорится о *положительныхъ фактахъ*, то только какъ объ отправной точкѣ генезиса установляемыхъ философами принциповъ права, являющихся уже подлиннымъ предметомъ изслѣдованія по генетическому методу.

Рѣдкинъ не могъ никогда вполнѣ освободиться отъ усвоенныхъ имъ въ школѣ Гегеля понятій и пріемовъ. Отсюда послѣ перехода его къ позивитизму въ его лекціяхъ были постоянныя колебанія между старымъ и новымъ ученіемъ. Убѣдиться въ этомъ можно просмотрѣвъ хотя бы тѣ пятнадцать вступительныхъ лекцій, которыя напечатаны въ началѣ перваго тома его книги «Изъ лекцій П. Г. Рѣдкина». Въ лекціи 1865—66 учебнаго года дается прямо изложеніе Контовскаго ученія, какъ вѣнца всего развитія философскихъ ученій и предполагается въ основу изложенія исторіи древней философіи положить различіе трехъ контовскихъ ступеней теологической, метафизической и положительной. «Исторія древней философіи» начинается съ теологической ступени у т. н. теологовъ-поэтовъ, потомъ восходитъ на ступень метафизическую у философовъ, предшествующихъ Аристотелю, наконецъ у Аристотеля возвышается на положительную ступень». Но въ общей періодизаціи исторіи философіи, указанной въ томъ же томѣ [3]) нѣтъ уже никакихъ слѣдовъ различія теологической, метафизической и положительной ступеней. Тутъ принято дѣленіе на четыре ступени: древняя философія, средневѣковая, новая и новѣйшая, при чемъ новѣйшая начинается не съ Конта, а съ Канта.

[1]) Стр. 121, 122.

[2]) Тамъ же, стр. 121—124.

[3]) Стр. 315.

Заявивъ себя въ 1865 году рѣшительнымъ сторонникомъ Огюста Конта, курсъ 1872—73 учебнаго года онъ началъ вступительной лекціи, въ которой отстаивалъ самостоятельность философіи основываясь на доводахъ такого метафизика, какъ Эдуардъ Гартманъ. Во вступительной лекціи 1874—75 учебнаго года Рѣдкинъ выступилъ убѣжденнымъ послѣдователемъ Дарвина, закончивъ свою лекцію заявленіемъ, что «открытый Дарвиномъ законъ всей органической природы, извѣстный подъ именемъ борьбы за существованіе, прилагается ко всѣмъ общественнымъ и юридическимъ наукамъ. А черезъ годъ новому поколѣнію первокурсниковъ объяснялъ, что юридическія науки изучаютъ человѣка, какъ «существо нравственное вообще, которому присуща свобода, которое этою своею свободою возвышается и надъ природою, и надъ исторіею, подчиняя себѣ первую и творя само послѣднюю». Еще черезъ годъ Рѣдкинъ призывалъ слушателей отвергнуть отождествленіе права съ силой и признать, что «право есть ничто иное, какъ осуществленіе человѣчествомъ въ дѣйствительности правды и справедливости, этого мыслимаго человѣчествомъ права, законами котораго управляется міръ нравственный, подобно тому, какъ законами физическими управляется міръ вещественный, природа, но съ тѣмъ существеннымъ различіемъ, что законы физическіе дѣйствуютъ съ роковою необходимостью, между тѣмъ какъ дѣйствіе права происходитъ не иначе, какъ подъ условіемъ содѣйствія человѣческаго разума и свободной воли».

Рѣдкинъ не выработалъ законченнаго, цѣлостнаго ученія о правѣ. Тѣмъ не менѣе его преподаваніе имѣло огромное и благотворное вліянія. До самаго конца жизни онъ съ поразительною неутомимостью слѣдилъ за новыми явленіями литературы. Лекціи стараго профессора дышали всѣмъ обаяніемъ новизны, современности. Если у него не всегда можно было найти опредѣленный и точный отвѣтъ, то во всякомъ случаѣ никто другой не умѣлъ съ такою силою возбуждать въ слушателяхъ интересъ къ вопросамъ научнаго знанія, такъ расширять ихъ кругозоръ, такъ увлекать ихъ въ изслѣдованіи истины. Ему былъ данъ полною мѣрою великій даръ учителя.

Профессорская дѣятельность Рѣдкина въ петербургскомъ университѣ продолжалась всего пятнадцать лѣтъ. Ослабѣвшія силы не дали ему, какъ онъ мечталъ, умереть на каѳедрѣ. Весною 1878 года онъ уже былъ не въ состояніи произвести экзамена и осенью того же года оставилъ каѳедру, послуживъ университету не только какъ профессоръ, но и какъ ректоръ, съ 19 сентября 1873 г. по 9 сентября 1876 года. Одновременно съ увольненіемъ изъ университета Рѣдкинъ былъ назначенъ предсѣдателемъ департамента удѣловъ, а затѣмъ въ январѣ 1882 года назначенъ членомъ государственнаго совѣта. 5 октября 1890 года

русскіе юристы праздновали шестидесятилѣтіе дѣятельности маститаго своего учителя, а 7 марта 1891 года онъ скончался.

Литературное наслѣдіе, оставленное Рѣдкинымъ, сравнительно невелико, онъ печаталъ мало. Вотъ отчетъ напечатаннаго имъ:

Обозрѣніе гегелевой логики въ «Москвитянинѣ» 1841, ч. IV, № 8, стр. 410.

Предисловіе къ первому тому «Юридическихъ Записокъ».

О казенныхъ подрядахъ и поставкахъ въ Россіи до перваго ихъ преобразованія, въ «Юрид. Зап.», т. I, 1841, стр. 161—187.

О гейдельбергскомъ университетѣ. Тамъ же, стр. 277—342.

Прусскій уставъ о домашнихъ слугахъ. Переводъ, въ «Юрид. Зап.» т. II, 1842, стр. 149—193.

О причинахъ преступленій и о средствахъ противодѣйствовать ихъ умноженію. Тамъ же, стр. 194—262.

Какое общее образованіе требуется современностью отъ русскаго правовѣда. Актовая рѣчь 1846 года.

Объ уголовной кодификаціи. Тамъ же, стр. 409—490.

Обозрѣніе юридической литературы по римскому праву, «Юрид. Зап.», т. III. 1859, стр. 250—402.

О независимости юстиціи, въ «Юрид. Зап.», т. IV, 1860, стр, 179—191.

Обозрѣніе юридической литературы (по юридической энциклопедіи). Тамъ же, стр. 339—710.

Изъ лекцій заслуженнаго профессора, доктора правъ П. Г. Рѣдкина по исторіи философіи права въ связи съ исторіей философіи вообще. 1889—1891.

Плиній младшій. Библіотека для воспитанія. Отд. I, ч. 2. 1845, стр. 160—189.

Ѳукидидъ. Тамъ же. Отд. II, ч. 1. 1845, стр. 87—130.

Объ изученіи новыхъ языковъ. Тамъ же. Отдѣлъ. II, часть 1. 1845, стр. 28—90.

На чемъ должна основываться наука воспитанія? Тамъ же. Отд. II, ч. 3. 1846 г, стр. 1—46.

Что такое воспитаніе? Три статьи въ журн. для воспитанія, изд. Чумиковымъ, 1857, т. I, №№ 1—3.

Обозрѣніе педагогической литературы. Двѣ статьи, тамъ же №№ 1, 2.

Можно ли и должно ли воспитывать дѣтей? Тамъ же, № 4.

Съ чего начать? Тамъ же, томъ II, № 10.

Починъ дѣло краситъ. Тамъ же, № 11.

Первое знакомство дѣтей съ природою. Тамъ же.

Обозрѣніе педагогической литературы во Франціи. Журналъ для воспитанія, 1858, т. III. № 1, 2, отд. I.

ОТДѢЛЪ II.

Исторія права.

Время перваго учрежденія губерній.

(Хронологическая замѣтка).

Едва-ли какой-либо другой вопросъ исторіи русскаго права обращалъ на себя такое вниманіе изслѣдователей, какъ исторія мѣстнаго управленія. Рѣдкій юристъ-историкъ не останавливался, такъ или иначе, на выясненіи историческаго развитія мѣстныхъ учрежденій. Первое учрежденіе губерній послужило даже предметомъ спеціальной монографической работы г. Мрочка-Дроздовскаго [1]). Тѣмъ не менѣе, до сихъ поръ не установлено съ точностью даже самое время перваго учрежденія губерній. По общепринятому воззрѣнію существованіе губерній въ Россіи ведетъ свое начало съ 1708 года [2]). Между тѣмъ, воззрѣніе это должно быть признано ошибочнымъ. Правда, въ Полномъ Собраніи Законовъ указъ объ опредѣленіи губерній помѣщенъ подъ 1708 годомъ и помѣченъ именно 18 декабря [3]). Да еще и раньше составленія Полнаго Собранія Законовъ отнесеніе перваго учрежденія губерній къ 1708 году было общепринятымъ [4]). Но уже въ 1822 году профессоръ Цеплинъ [5]),

---

[1]) Областное управленіе Россіи XVIII вѣка до Учрежденія о губерніяхъ. Ч. I. Областное управленіе эпохи перваго учрежденія губерній (1708—1719 г.). М. 1876.

[2]) *Андреевскій.* О намѣстникахъ, воеводахъ и губернаторахъ, 1864, стр. 108; *Лохвицкій,* Губернія, 1864, стр. 39; *Градовскій,* Начала русск. госуд. права, т. III, 1883, стр. 85; *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ исторіи русскаго права, изд. 2, 1888, стр. 237.

[3]) П. С. З. № 2218.

[4]) *Голиковъ*, Дѣянія, VI, 299.

[5]) Извѣстіе о первомъ учрежденіи губерній въ Россіи. Сочиненіе профессора *Цеплина.* Спб. Въ типографіи Н. Греча. 1822, 35 стр.

впервые напечатавшій указъ объ опредѣленіи губерній, обратилъ вниманіе на очевидную ошибочность этой даты. Въ имѣвшемся у него современномъ Петру I спискѣ указа о первомъ учрежденіи губерній текстъ указа былъ нѣсколько полнѣе, чѣмъ напечатанный въ Полномъ Собраніи Законовъ. Въ немъ содержалось указаніе на мѣсто, гдѣ состоялся указъ. чего нѣтъ въ текстѣ Полнаго Собранія: «1708 декабря въ 18 день Великій Государь... будучи въ Преображенскомъ на Генеральномъ дворѣ въ Консиліе»... Таково начало указа по тексту, напечатанному Цеплинымъ. Обративъ вниманіе на мѣсто изданія указа, Цеплинъ указывалъ, что въ декабрѣ 1708 года Петръ былъ не въ Москвѣ, а въ Лебедяни, и потому полагалъ, что 1708 годъ въ спискѣ указа ошибочно поставленъ вмѣсто 1707 года, что первое учрежденіе губерній должно быть отнесено къ 18-му декабря 1707 года.

Мы знаемъ теперь, что 18-го декабря 1707 года дѣйствительно былъ изданъ указъ о губерніяхъ, но по содержанію своему не тождественный съ напечатаннымъ въ Полномъ Собраніи Законовъ подъ 18-мъ декабря 1708 года. Въ указѣ 1707 года постановляется росписать города, кромѣ тѣхъ, которые въ 100 верстахъ отъ Москвы, къ четыремъ всего частямъ [1]). Въ указѣ же, относимомъ къ 1708 году, установляется дѣленіе на *восемь* губерній.

Книга Цеплина теперь всѣми повидимому забыта: я, по крайней мѣрѣ, нигдѣ не встрѣчалъ на нее указаній и нашелъ ее совершенно случайно. По всей вѣроятности, не знали о ней и составители Полнаго Собранія Законовъ. Иначе они, вѣроятно, обратили бы вниманіе на очевидную неправильность даты, приданной ими указу объ опредѣленіи губерній. Опираясь на авторитетъ Полнаго Собранія Законовъ, всѣ послѣдующіе изслѣдователи и историки относятъ первое учрежденіе губерній къ 1708 году. Только г. Милюковъ обратилъ вниманіе на сомнительность этой даты и подобно Цеплину высказываетъ предположеніе, что 1708 годъ тутъ долженъ быть замѣненъ 1707 годомъ [2]). Но я уже указывалъ, что указъ 1707 года не совпадаетъ даже по числу губерній съ указомъ, относимымъ къ 1708 году.

Сомнѣнія относительно дѣйствительнаго времени изданія разрѣшаются документами, хранящимися въ сенатскомъ архивѣ. Въ реестрѣ, приложенномъ къ первой книгѣ именныхъ указовъ, «указъ о опредѣленіи губерній» отнесенъ къ 1710 году. Но на листѣ 35-мъ, на который ссылается при этомъ реестръ, нѣтъ полнаго указа, а только пунктъ (третій) «о опредѣленіи губерній», при чемъ даты на этомъ листѣ вовсе не проставлено. На слѣдующемъ же листѣ (36-мъ) помѣщенъ указъ,

---

[1]) П. С. З. № 2176.

[2]) Государственное хозяйство Россіи, стр. 366, прим. 1.

датированный 9-го января 1710 года, о представленіи на смотръ государю раненыхъ офицеровъ [1]), представляющій собою изложеніе воли, выраженной въ пунктѣ четвертомъ на томъ же листѣ 35-мъ, на которомъ пунктъ третій гласитъ объ опредѣленіи губерній. Очевидно, всѣ пункты 35-го листа, писанные рукою Петра, написаны въ одинъ день. Поэтому, согласно съ указаніемъ реестра, должно отнести указъ объ опредѣленіи губерній не къ 1708 и 1707 году, *а къ 9-му января 1710 года.*

Такая дата подтверждается еще и тѣмъ, что во многихъ указахъ петровскихъ временъ «начало губерній» прямо относится къ 1710 году [2]).

Такимъ образомъ установленіе перваго дѣленія Россіи на губерніи представляется намъ въ слѣдующемъ видѣ: 18-го декабря 1707 года Петромъ впервые была выражена воля учредить губерніи; затѣмъ уже 8 го января 1708 года отбылъ онъ изъ Москвы. Ближняя канцелярія безъ него составила росписаніе городовъ по губерніямъ, утвержденное Петромъ въ Сумахъ 3-го февраля 1709 года, когда росписаніе это и было роздано бывшимъ при арміи губернаторамъ за собственноручною подписью императора; другимъ оно было послано Ближнею канцеляріей 23-го февраля того же года [3]). Но считать февраль 1709 года временемъ учрежденія губерній все-таки нельзя, потому что уже назначенные губернаторы въ управленіе своими губерніями тогда еще не вступили. Въ письмѣ къ Курбатову отъ 25-го февраля 1709 года Петръ прямо говоритъ: «всѣмъ воеводамъ и губернаторамъ въ губерніяхъ только сей настоящій годъ осмотрѣть и вѣдомости взять, а чтобъ имъ управлять, отнюдь тово не велѣно» [4]). Для дѣйствительнаго «начала губерній» нужно было еще повелѣніе о предоставленіи росписанныхъ по губерніямъ городовъ въ управленіе губернаторовъ, что и было сдѣлано указомъ царя, уже возвратившагося къ тому времени въ Москву, отъ 9-го января 1710 года.

---

[1]) П. С. З. № 2245; *Барановъ*, Архивъ сената, т. 1, № 48.

[2]) П. С. З. № 2313: «съ начала губерній, какъ онѣ опредѣлены по табелямъ съ 1710 года»; № 2763: «съ начала опредѣленія губерній съ 1710 года».

[3]) На это прямо указано въ текстѣ указа, напечатанномъ у *Цеплина*, на стр. 25: «а къ инымъ посланы въ 1709 году февраля въ 23 числѣ».

[4]) *Голиковъ*, Дѣянія, XI, № 1003.

Проектъ устройству сената Г. Р. Державина.

Въ нашей исторической литературѣ не разъ указывалось уже на «проектъ устройству Сената», составленный Державинымъ въ 1801 году, но самый проектъ считается пропавшимъ. Кое-что знаемъ мы объ этомъ проектѣ изъ Записокъ Державина. Въ нихъ разсказывается, что мнѣніе, поданное имъ въ Сенатъ при обсужденіи тамъ указа, предписывавшаго Сенату представить докладъ о возстановленіи его правъ, «Государю лучше всѣхъ прочихъ полюбилось», и Державину было приказано черезъ князя Зубова написать подробный планъ устройства Сената. За эту работу при коронаціи онъ получилъ Александра Невскаго [1]).

Разсказъ Державина подтверждается свидѣтельствомъ графа П. А. Строганова. Въ его замѣткахъ о засѣданіяхъ извѣстнаго неоффиціальнаго комитета подъ личнымъ предсѣдательствомъ Александра I, переданы любопытныя совѣщанія по этому вопросу комитета. Государь одобрялъ проектъ Державина, но члены комитета судили иначе. Они ничего не ожидали отъ работы Державина, такъ какъ онъ предлагалъ весьма ошибочное раздѣленіе властей и вслѣдствіе его ложныхъ идей Новосильцевъ былъ принужденъ распространяться объ истинныхъ началахъ раздѣленія властей, которыя Державинъ думалъ всѣ соединить въ Сенатѣ. Въ подтвержденіе ссылались на мнѣнія Лагарпа, находившаго неумѣстнымъ ограничивать власть Монарха правами Сената. На всѣ эти замѣчанія Государь отвѣчалъ, что характеръ власти, которую предполагалось предоставить Сенату, состоялъ въ томъ, что онъ могъ получать свѣдѣнія о всемъ происходящемъ и слѣдить за администраціей, а не имѣть на нее вліянія. По этому поводу графъ Строгановъ замѣчаетъ, что, хотя такая идея была весьма сомнительна, тѣмъ не менѣе, вступивъ въ пренія съ Императоромъ, слѣдовало опасаться, чтобы онъ не заупрямился (il était à craindre qu'il ne s'entêta) и потому сочли благоразумнымъ отложить до другого времени попытку возраженія на идею. Это происходило въ сентябрѣ, въ Москвѣ.

---

[1]) Сочиненія Державина, 2-е академич. изданіе, т. VI, стр. 726—729.

Въ засѣданіи 9 декабря, несмотря на то, что Государь требовалъ принять въ соображеніе проекты Державина и Зубова, молодые сотрудники Государя доложили ему, что сочли нужнымъ отклониться отъ этихъ проектовъ, чтобы не отнять у правительства свободы въ его дальнѣйшихъ распоряженіяхъ. Въ засѣданіяхъ 30 декабря 1801 г. и 3 января 1802 г. былъ обсужденъ окончательно проектъ указа о правахъ Сената [1]).

И въ обществѣ проектъ Державина возбуждалъ большіе толки. Его называли конституціей и даже кортесами [2]).

Въ Сенатскомъ Архивѣ на оберткѣ подлиннаго мнѣнія о правахъ Сената, поданнаго Державинымъ, найдена была слѣдующая, по мнѣнію Я. К. Грота, загадочная замѣтка: «Мнѣніе сенатора и поэта Г. Р. Державина, извѣстное въ свое время подъ названіемъ: Предисловіе къ его конституціи. Трое ходили тогда съ конституціями въ карманѣ—реченный Державинъ, князь Платонъ Зубовъ, съ своимъ изобрѣтеніемъ, и графъ Никита Петровичъ Панинъ съ конституціею англійскою, передѣланною на русскіе нравы и обычаи. Новосильцеву стоило тогда большого труда наблюдать за Царемъ, чтобы не подписалъ котораго-либо изъ проектовъ; который же изъ проектовъ былъ глупѣе—трудно было описать: всѣ три были равно безтолковы. Жалѣю, что въ бумагахъ моихъ я не нашелъ втораго мнѣнія Державина, которое извѣстно подъ названіемъ его *кортесовъ*» [3]).

Въ чемъ же заключалось содержаніе этой «конституціи» Державина? Въ его Запискахъ сохранился только короткій ея пересказъ. «Но до насъ, говоритъ Гротъ, этотъ проектъ Державина въ полномъ видѣ своемъ не дошелъ» [4]). И таково общее мнѣніе.

Между тѣмъ въ дѣйствительности проектъ Державина не только сохранился, по крайней мѣрѣ въ двухъ полныхъ спискахъ, но даже напечатанъ. Извѣстные мнѣ списки хранятся: одинъ въ Государственномъ Архивѣ въ дѣлахъ комитета предсѣдателей, бывшаго въ 1810 и 1811 годахъ; другой въ Императорской Публичной Библіотекѣ, въ пожертвованномъ г. Рѣпинскимъ собраніи бумагъ Сперанскаго. Проектъ напечатанъ со списка Государственнаго Архива Калачевымъ въ Сборникѣ археологическаго института [5]), но по странному недоразумѣнію приписанъ имъ Сперанскому, будто-бы написавшему его для графа Завадовскаго. Хотя Калачевъ объ этомъ упоминаетъ, онъ очевидно слѣдовалъ

---

[1]) Богдановичъ, Исторія царствованія Императора Александра I, 1869. Приложенія, стр. 45, 48, 56, 59.

[2]) Гротъ, Жизнь Державина, 1880 г., стр. 793.

[3]) Сочиненія Державина, VII, стр. 364.

[4]) Жизнь Державина, стр. 792.

[5]) Томъ I, 1878 г., отдѣленіе II, стр. 134—151.

указанію описи того дѣла, въ которомъ хранится данный проектъ и гдѣ о немъ дѣйствительно сказано, что онъ *переписанъ* на-бѣло рукою Сперанскаго. Во всякомъ случаѣ только *переписанъ* [1]), а *не составленъ*, такъ какъ сравненіе его содержанія съ тѣмъ, что́ о своемъ проектѣ передаетъ Державинъ въ своихъ Запискахъ и что́ онъ говоритъ въ своемъ мнѣніи о правахъ Сената [2]) дѣлаетъ очевиднымъ, что это и есть подлинный его проектъ. Къ тому же нѣтъ никакихъ данныхъ, свидѣтельствующихъ о какой-либо близости Сперанскаго къ графу Завадовскому. Въ то время, наканунѣ учрежденія министерствъ, Сперанскій ближе всего былъ къ графу Кочубею, по порученію котораго въ тайнѣ уже занятъ былъ подготовительными работами по ожидавшейся реформѣ управленія [3]). Къ тому же ни содержаніе, ни слогъ этого проекта ни въ чемъ не напоминаютъ Сперанскаго. Г. Рѣпинскій, какъ видно изъ его отмѣтокъ на библіотечномъ экземплярѣ, думалъ, что это проектъ Дмитріева или Трощинскаго.

Уже въ мнѣніи Державина «О правахъ, преимуществахъ и существенной должности Сената» 1801 года различаются четыре власти: законодательная, судебная, исполнительная и оберегательная. И въ Запискахъ точно также говорится, что въ основу проекта положена мысль устроить Сенатъ «въ духѣ Екатерины, т. е. сообразно ея Учрежденію о губерніяхъ съ раздѣленіемъ обязанности управленія на четыре власти, т. е. на законодательную, судную, исполнительную и оберегательную». Тѣмъ же самымъ началомъ опредѣляется и все содержаніе того проекта, о которомъ идетъ рѣчь.

«Проектъ устройству Сената» состоитъ изъ введенія, объясняющаго «причины къ перемѣнѣ стараго и ко введенію новаго устройства», и десяти главъ, подробно опредѣляющихъ предположенное Державинымъ новое устройство Сената.

Главныя причины необходимости преобразованія Сената указаны три: 1) «смѣшеніе разнаго рода дѣлъ по нѣкоторымъ департаментамъ и несообразность власти ихъ съ подчиненными имъ по учрежденію о губерніяхъ мѣстами; 2) управленіе г.г. сенаторовъ многими государственными частями, Сенату подчиненными, бываемое иногда даже безъ надлежащаго соображенія одной съ другою и съ общимъ кругомъ государственныхъ дѣлъ къ пользѣ Имперіи, и 3) безнамѣренное, а потому и

---

[1]) Хотя и это сомнительно: сходство съ почеркомъ бумагъ, несомнѣнно написанныхъ Сперанскимъ, довольно отдаленное и есть ошибки, сравнительно съ экземпляромъ Публичной Библіотеки, обнаруживающія совершенное непониманіе переписчикомъ содержанія: напримѣръ, въ § 39 вмѣсто «просвѣщенія» написано *безсмысленное*: «пропущенія».

[2]) Сочиненія, VII, стр. 361—370.

[3]) М. Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго, 1861 г., I, стр. 95.

безпорядочное сліяніе четырехъ властей, а именно законодательной, судебной, исполнительной и оберегательной, долженствующихъ раздѣлено и особыми путями, не препятствуя одна другой, но побуждаясь взаимнодѣйствовать къ одной цѣли блага общаго и исполненія воли Монаршей».

Для устраненія этихъ недостатковъ управленія, Державинъ предполагалъ всѣ четыре власти ввѣрить Сенату, какъ верховному правительству подъ Высочайшимъ наблюденіемъ, состоящему изъ собранія первыхъ государственныхъ чиновъ, подъ предсѣдательствомъ Государя.

Орудіемъ каждой власти предполагается лицо подъ названіемъ министра.

Власть законодательная Сената, по важности своего предмета, составляется изъ общаго собранія всѣхъ онаго членовъ и министровъ, при которыхъ находится коммисія законодательства, подъ вѣдѣніемъ министра законодательной власти.

Это законодательное общее собраніе сочиняетъ и разсматриваетъ законы, выслушиваетъ именные указы, баллотируетъ на должности, производитъ въ чины и обсуждаетъ вопросы о ходатайствахъ Сената предъ Государемъ о всенародныхъ нуждахъ.

Власть судебная составляется изъ нѣкотораго числа сенаторовъ и министра судебной власти, съ ними присутствующаго. Сей судебный департаментъ, установляемый на основаніи губернскихъ, гражданскихъ и уголовныхъ палатъ, раздѣляется на двѣ верховныя палаты, уголовную, и гражданскую. Къ гражданской причисляется до окончанія межеванія отдѣленіе межевыхъ дѣлъ. По великому пространству Россіи и множеству судебныхъ дѣлъ для успѣшности можно учредить такіе же судебные департаменты въ Москвѣ и другихъ губерніяхъ, а управленіе ими вмѣсто министра поручить старшимъ сенаторамъ.

Въ случаѣ разногласія сенаторовъ въ палатахъ судебнаго департамента дѣло переносится въ судебное общее собраніе.

Власть исполнительная составляется также изъ нѣкотораго числа сенаторовъ и министра власти исполнительной. Сей департаментъ называется «Императорское верховное правленіе», установляется на основаніи губернскихъ правленій, казенныхъ палатъ и приказовъ общественнаго призрѣнія и раздѣляется на три отдѣленія: верховное исполнительное правленіе, верховную палату казенныхъ дѣлъ и верховный приказъ общественнаго призрѣнія.

Императорское верховное правленіе имѣетъ также общія собранія по дѣламъ, вызывающимъ въ отдѣленіяхъ его разногласія, и по государственнымъ дѣламъ особливаго уваженія заслуживающимъ.

Власть оберегательная составляется изъ министра оберегательной власти, или генералъ-прокурора, и его помощниковъ, или оберъ-проку-

роровъ, подъ именемъ оберегательной думы. Дума эта дѣйствуетъ чрезъ своихъ членовъ на основаніи генералъ-прокурорскихъ и прочихъ прокурорскихъ должностей, по всѣмъ департаментамъ Сената, ихъ отдѣленіямъ и по всѣмъ правительствамъ Имперіи. Общія ея собранія созываются для законодательныхъ совѣтованій и для разсужденія и соглашенія разныхъ мнѣній сенаторовъ.

Въ Запискахъ Державина указывается нѣсколько иное, но сходное расчлененіе Сената на Правительствующій, или Имперское правленіе, и судный. Имперское правленіе дѣлится на три отдѣла: исполнительный департаментъ или благочинія, на казенное управленіе или финансы, на призрѣніе и воспитаніе народа. Судный Сенатъ дѣлится на три департамента: гражданскій, уголовный и межевой. Кромѣ того предполагалось еще образовать особый департаментъ «оберегательный» подъ вѣдомствомъ генералъ-прокурора. И другіе департаменты предполагалось поставить подъ надзоръ министровъ; судные—министра юстиціи, исполнительный—министра внутреннихъ дѣлъ, казеннаго управленія—министра финансовъ, призрѣнія и воспитанія—министра народнаго просвѣщенія.

По проекту кандидаты въ сенаторы выбираются изъ четырехъ служащихъ классовъ собраніемъ знатнѣйшихъ государственныхъ чиновъ и 5-ти классными всѣхъ присутственныхъ мѣстъ чиновниками въ обѣихъ столицахъ. Изъ трехъ кандидатовъ выбираетъ Государь одного сенатора; изъ сенаторовъ избираетъ онъ министровъ. Кандидаты въ оберъ-прокуроры избираются по представленію оберегательнаго министра общимъ собраніемъ Сената и утверждаются Государемъ.

Обязанность законодательной власти заключастся въ сочиненіи новыхъ узаконеній и въ исправленіи старыхъ. Ежели о томъ послѣдуетъ повелѣніе Императорскаго Величества, то министръ законодательной власти объявляетъ законодательному собранію и записываетъ въ журналъ; потомъ, истребовавъ, откуда надлежитъ, къ тому нужныя свѣдѣнія, отдаетъ коммисіи законодательства, въ вѣдѣніи его состоящей, дабы она, по здравомъ, въ чемъ нужно, соображеніи, сочинила проектъ повелѣннаго узаконенія, разсмотрѣть предлагаетъ законодательному собранію и по апробаціи вноситъ докладомъ Императорскому Величеству; по Высочайшей конфирмаціи законодательное собраніе записываетъ въ книгу законовъ и къ исполненію посылаетъ въ Императорское верховное правленіе. Если же благоугодно будетъ Императорскому Величеству безъ вышесказанныхъ повелѣній дать отъ Себя какой-либо новый законъ, то оный равномѣрно вносится въ книгу законовъ и исполняется; буде же, паче чаянія, встрѣтится въ ономъ какое неудобство, то законодательное собраніе входитъ со всеподданнѣйшимъ представленіемъ чрезъ своего министра, объясняя причины и обстоятельства онаго; а въ случаѣ неува-

женія, повинуется безмолвно. Если же законодательный министръ самъ собою или по чьему-либо отношенію, усмотритъ надобность въ новомъ узаконеніи, то представляетъ о томъ Императорскому Величеству; самъ же собою и никакая власть Сената не приступаетъ къ сочиненію или исправленію законовъ. Въ случаѣ отсутствія Императорскаго Величества изъ Имперіи, если окажется времени нетерпящая надобность въ какомъ-либо новомъ узаконеніи, тогда, по приговору законодательнаго собранія, оное сочиняется, но, не записывая въ книгу законовъ, отсылается въ Имперское верховное правленіе, для единовременнаго по тому только случаю, до возвращенія Императорскаго Величества, исполненія.

Верховное Императорское правленіе объемлетъ всѣ части государственнаго правленія, хозяйства и общественнаго призрѣнія. Первое его отдѣленіе имѣетъ главнѣйшимъ предметомъ обнародованіе узаконеній, полицію, дѣла пограничныя, синодскія и другихъ религій, государственный архивъ, герольдію, наборъ рекрутъ и проч. Верховная казенная палата вѣдаетъ казенное управленіе и всѣ мѣста, гдѣ денежныя суммы обращеніе имѣютъ, монетный департаментъ, сельское домоводство, мануфактуры, коммерцію, рудокопство, государственные банки, снабженіе сухопутныхъ и морскихъ силъ, строеніе городовъ, казенныхъ зданій, населеніе и проч. Верховный приказъ общественнаго призрѣнія имѣетъ въ своемъ вѣдѣніи академіи, кадетскіе корпуса, народныя училища, университеты, врачебныя заведенія, воспитательные дома, всѣ приказы общественнаго призрѣнія, опеки и все, что до просвѣщенія и человѣколюбивыхъ заведеній принадлежитъ, кромѣ совѣстныхъ судовъ.

Каждый членъ этихъ отдѣленій, не будучи особеннымъ правителемъ мѣстъ, обязанъ посредствомъ текущей переписки собирать о нихъ свѣдѣнія и, руководствуясь ими, споспѣшествовать пользамъ государства. Въ дѣлахъ, требующихъ Высочайшаго разрѣшенія, каждый членъ по своей части, для лучшаго объясненія, подноситъ самъ отъ лица Сената доклады, но не иначе, какъ по общему соображенію и по соглашенію съ другими членами.

Обязанность судебнаго департамента заключается въ высшей ревизіи дѣлъ уголовныхъ, гражданскихъ, межевыхъ и военныхъ судовъ. Обязанность верховнаго Императорскаго правленія объемлетъ всѣ части государственнаго правленія, хозяйства и общественнаго призрѣнія. Въ дѣлахъ, требующихъ Высочайшаго разрѣшенія, каждый членъ по своей части, для лучшаго объясненія, подноситъ самъ отъ лица Сената докладъ Императорскому Величеству.

Обязанность оберегательной власти основывается на должности генералъ-прокурора. Оберегательный министръ по законодательству, разрѣшенію сумнительствъ въ законахъ и казусахъ, и при сознаніи разногласія сенаторовъ, одинъ безъ совѣтыванія въ собраніи своихъ помощ-

никовъ дѣлать заключенія и предлагать Сенату не долженъ: ибо оберегательная власть есть око Императорскаго Величества и всѣ члены оной долженствуютъ по законамъ говорить одними устами. Но при равенствѣ голосовъ мнѣніе министра дѣлаетъ перевѣсъ.

Кромѣ того Державинъ предполагалъ возложить на оберегательнаго министра ходатайство въ правительствахъ по дѣламъ Императорскаго двора.

Всѣ вообще министры, кромѣ оберегательнаго, который имѣетъ свое особое мѣсто, засѣдаютъ въ Сенатѣ съ прочими сенаторами по старшинству чиновъ. Они управляютъ канцеляріей своего департамента Сената. Они докладываютъ Государю по всѣмъ текущимъ дѣламъ своего департамента и объявляютъ Высочайшія повелѣнія, созываютъ общія собранія, устраиваютъ по государственнымъ и общимъ дѣламъ между собою конференціи и могутъ въ случаѣ надобности приглашать къ тому и сенаторовъ.

Что касается Правительствующаго Сената въ цѣломъ его составѣ, то всѣ присутственныя мѣста, кромѣ Синода и Вышняго совѣстнаго суда, подчинены ему. Онъ назначаетъ, по представленію Герольдіи, всѣ губернскіе чины до VII класса, а на высшіе представляетъ Государю кандидатовъ къ утвержденію. Въ Сенатъ вносятся всѣ именныя повелѣнія, кромѣ подлежащихъ особливой тайнѣ. Сенатъ имѣетъ право, торжественно представляясь Государю, приносить за милости благодарность, а равно въ чрезвычайныхъ случаяхъ ходатайствовать о всенародныхъ нуждахъ. Въ случаѣ разногласія Сенатъ посылаетъ отъ разномыслящихъ сторонъ по депутату для объясненій Государю.

Каждый отдѣльный сенаторъ имѣетъ свободный доступъ къ Государю, имѣетъ право объявлять словесныя повелѣнія; можетъ при всякомъ случаѣ войти въ присутственное какое-либо мѣсто и, обозря, о состояніи онаго представить Сенату; они судятся только въ самомъ Сенатѣ.

Наряду съ Сенатомъ и внѣ всякой отъ него зависимости Державинъ предполагалъ еще учредить Вышній совѣстный судъ, состоящій изъ знатнѣйшихъ государственныхъ чиновъ, избранныхъ общимъ всего Сената собраніемъ и четырехъ классовъ чиновниками, въ столицѣ находящимися и утвержденныхъ Государемъ. Число ихъ зависитъ отъ Высочайшей воли. Судъ этотъ самъ собою никого не судитъ, ничьей судьбы не отягощаетъ, а примиряетъ только въ распряхъ и тяжбахъ къ его разбирательству прибѣгшихъ и отверзаетъ пути къ милосердію Императорскаго Величества страждущимъ по какимъ-либо несчастнымъ случаямъ и утѣсненнымъ. Всѣ другіе суды дѣйствуютъ по строгости законовъ, а сей въ главное свое имѣетъ правило внимать гласу человѣколюбія и быть орудіемъ благотворенія Императорскаго Величества. Вслѣдствіе сего, ежели рѣшено какое дѣло строго, по точности законовъ, а по какимъ-либо обстоятель-

ствамъ и совѣсти отягощена тѣмъ судьба выше мѣръ преступника, то министръ уголовныхъ дѣлъ можетъ ходатайствовать о передачѣ дѣла на уваженіе Вышняго совѣстнаго суда.

Мысль о преобразованіи Сената на тѣхъ же началахъ, на какихъ основано мѣстное управленіе по Учрежденію о губерніяхъ, не была собственнымъ изобрѣтеніемъ Державина. Онъ самъ въ одномъ письмѣ къ Сперанскому говоритъ, что мысль эта принадлежитъ Екатеринѣ II. «Императрица видѣла, что организація Петра Великаго, по которой Сенатъ былъ основанъ, не соотвѣтствуетъ ея организаціи среднихъ и нижнихъ мѣстъ. Много разъ изволила говорить о желаніи ея образовать Сенатъ согласно ея Учрежденію о губерніяхъ; но войны и прочія политическія обстоятельства препятствовали ей приняться за сей важный трудъ. Наконецъ, въ послѣдніе годы своей жизни принялась было, но смерть великія ея намѣренія пресѣкла» [1]). Точно такъ же характеризуетъ намѣреніе Императрицы относительно преобразованія Сената и Сперанскій. «Мысль государыни, — говоритъ онъ,— состояла, кратко, въ слѣдующемъ: устроить Сенатъ на тѣхъ же главныхъ началахъ и съ тѣмъ же въ родѣ дѣлъ раздѣленіемъ, какъ устроено губернское управленіе: 1-й департаментъ Сената долженъ былъ соотвѣтствовать губернскому правленію; 2-й—казенной палатѣ; проч.—палатамъ уголовной и гражданской.» [2]).

Сперанскій относитъ эти предположенія Императрицы къ 1781 году. Мнѣ извѣстенъ изъ Екатерининскаго времени только одинъ проектъ преобразованія Сената 1788 года, и притомъ тотъ самый экземпляръ, хранящійся въ Государственномъ Архивѣ, который найденъ въ бумагахъ, доставленныхъ въ 1810 г. Сперанскому изъ Кабинета. Быть можетъ, указаніе на 1781 годъ сдѣлано много лѣтъ спустя по памяти, приблизительно; у него такъ и сказано: «около 1781 г.».

Проектъ 1788 года съ собственноручными поправками Императрицы дѣйствительно приближаетъ устройство Сената къ губернскому устройству. Сенатъ раздѣляется на четыре департамента. Первый департаментъ вѣдаетъ всѣ государственныя дѣла и исполнительныя и скораго отправленія или приказанія требующія, также и тѣ, о которыхъ противорѣчія или спора быть не можетъ, и затѣмъ въ частности къ должности его отнесено: 1) бдѣніе, дабы законы были исполняемы; 2) взысканіе съ непослушныхъ, роптивыхъ, лѣнивыхъ и медлительныхъ пеню на нихъ налагать и, буде не исправляются, къ суду отсылать; 3) тщаніе, дабы учрежденія полицейскія или благочинія и торговли сохра-

---

[1]) Сочиненія, VI, 221.

[2]) Архивъ истор. и практич. свѣдѣній, изд. Калачевымъ, 1859 г., кн. III, стр. 32.

няемы и соблюдаемы были; 4) прекращеніе всѣхъ непорядковъ, законамъ противныхъ, и 5) прилежное стараніе о сохраненіи благонравія, порядка, тишины. Второй департаментъ вѣдаетъ уголовныя дѣла; третій—гражданскія; четвертому департаменту поручаются государственныя домостроительныя или экономическія и казенныя дѣла. Каждому департаменту соотвѣтственно предметамъ его вѣдѣнія подчиняются мѣстныя установленія: первому—губернскія правленія; второму и третьему—палаты гражданскаго и уголовнаго суда; четвертому—казенныя палаты. Кромѣ этого дѣленія, сами департаменты предполагалось раздѣлить каждый на три присутствія по различію завѣдуемыхъ ими губерній южной полосы, средней и сѣверной. Но всему этому дѣленію не придавалось значенія основного и окончательнаго, напротивъ, прямо указывалось, что оно только временное и не непремѣнное или непоколебимое.

Членовъ департаментовъ Сената предполагалось назвать засѣдателями и число ихъ опредѣлено не менѣе, какъ двѣнадцать. Для доклада дѣлъ въ каждомъ департаментѣ опредѣляются четыре докладчика—статскіе и дѣйствительные статскіе совѣтники. Кромѣ того, въ департаментахъ состоятъ прокуроры и стряпчіе казенныхъ и уголовныхъ дѣлъ. Такъ какъ каждый департаментъ «имѣютъ порученное имъ дѣло производить по точной силѣ и словамъ закона, слѣдовательно въ рѣшеніи дѣлъ разногласіе быть не долженствовало». Но если разногласіе все-таки произойдетъ, то выслушиваютъ заключеніе прокурора и совѣтникъ старается отвратить раздѣленіе голосовъ. Если все это не приведетъ къ единогласію, дѣло переносится въ общее собраніе, но съ каждаго засѣдателя взыскивается пять рублей подаянія въ приказъ общественнаго призрѣнія. Переносъ дѣла изъ Сената къ Государю не допускался только въ случаѣ, если по нему состоялось три одинаковыхъ рѣшенія судебныхъ мѣстъ.

Въ постановленіяхъ «о Сенатѣ вообще» сказано: «Сенатъ не есть судебное мѣсто, но хранилище Императорскаго Величества (sic!) изданныхъ законовъ». Въ этомъ качествѣ онъ «управляетъ и рѣшитъ по силѣ и словамъ закона именемъ Императорскаго Величества, обнародываетъ и объявляетъ законы, указы, учрежденія, повелѣнія и приказанія Императорскаго Величества».

Сенату предполагалось дать и право представленія: «въ случаѣ новаго общаго узаконенія, буде законъ въ чемъ неудобенъ усмотрится, то дозволяется Сенату вообще единогласно дѣлать свои представленія Императорскому Величеству, а въ случаѣ подтвержденія отъ самодержавной власти непремѣнное и безмолвное исполненіе послѣдовать имѣетъ».

Изъ этой краткой характеристики проекта 1788 года можно убѣдиться, что если въ немъ и выражается стремленіе согласовать устройство Сената съ губернскимъ учрежденіемъ, проектируемое новое устройство Сената не представляется, какъ у Державина, прямымъ сколкомъ съ

Учрежденія о губерніяхъ. Тутъ не выдѣляется вовсе особо оберегательная власть. Въ числѣ департаментовъ не оказывается такого, который соотвѣтствовалъ бы приказамъ общественнаго призрѣнія. Не примѣнялось вовсе выборное начало.

Такимъ образомъ, если основная мысль проекта и была заимствована Державинымъ изъ проектовъ Екатерининскаго времени, примѣненіе ея къ преобразованію Сената получило у него совершенно своеобразную форму и, надо сказать, довольно неудачную. По справедливому замѣчанію Ѳ. М. Дмитріева, «онъ сочинилъ такую «организацію», которую едва-ли бы приняла сама Екатерина». Эта «организація» чрезвычайно любопытна, какъ доказательство совершеннаго отсутствія политическаго смысла и полнаго пренебреженія къ недавнымъ опытамъ» [1]).

Дмитріевъ не зналъ самаго проекта и судилъ лишь по тому, что сказано о немъ въ Запискахъ Державина. Но и самъ проектъ производитъ то же впечатлѣніе. Онъ весь построенъ совершенно искусственно. Схема Учрежденія о губерніяхъ вовсе не пригодна для организаціи верховнаго управленія. Она вся разсчитана именно на мѣстное управленіе и предполагаетъ надъ собою высшія центральныя установленія. Въ ней нѣтъ мѣста власти законодательной, а придуманное Державинымъ признаніе орудіемъ ея одного министра законодательной власти, при которомъ общее собраніе Сената получило лишь совѣщательное значеніе, являлось ничѣмъ необоснованнымъ и совершенно несообразнымъ примѣненіемъ къ организаціи законодательной власти формъ, свойственныхъ только органамъ исполнительной власти. Полувыборный составъ Сената, какъ его проектировалъ Державинъ, съ избраніемъ кандидатовъ въ сенаторы высшимъ чиновничествомъ, привелъ бы къ безграничному господству бюрократіи, которая соединила бы тогда въ своихъ рукахъ всю полноту государственной власти, тѣмъ болѣе, что при той постановкѣ, какая въ проектѣ дается оберегательной власти,—ею совершенно подрывалась бы самостоятельность Сенатскихъ коллегій.

Въ цѣломъ проектъ Державина не имѣлъ никакихъ практическихъ послѣдствій. Но одна часть его—предположеніе объ учрежденіи при Сенатѣ оберегательной думы—осуществилась уже въ октябрѣ 1802 года въ бытность Державина Министромъ Юстиціи, только подъ другимъ названіемъ.

Я говорю объ учрежденіи оберъ-прокурорской консультаціи (Полн. Собр. Зак. 1802 г. октября 21, № 20 477), представляющей собою именно «оберегательную думу» проекта. Основываясь на предписаніи петровской инструкціи о должности генералъ-прокурора (1722 г. апрѣля 27, № 3978)

---

[1]) Сперанскій и его государственная дѣятельность съ общимъ очеркомъ исторіи внутренняго управленія въ XVIII вѣкѣ. Русскій архивъ, 1868, № 10, стр. 1585, 1586.

«генералъ-прокурору въ дѣлахъ, какое-либо сомнѣніе имѣющихъ, не тотчасъ, но посовѣтовавъ, съ кѣмъ заблагоразсудитъ, дѣлать свое заключеніе» и на ст. 405 Учрежденія о губерніяхъ, что «прокуроръ съ помощниками своими говоритъ едины усты», Державинъ представилъ Александру I о необходимости предписать, чтобы согласительныя предложенія общему собранію Сената дѣлались не иначе, какъ на основаніи «общей оберъ-прокуроровъ консультаціи», при чемъ въ случаѣ несогласія «перевѣсъ долженствуетъ взять мнѣніе генералъ-прокурора [1]). На это представленіе послѣдовало Высочайше соизволеніе, и такимъ образомъ «оберегательная дума» Державина осуществилась въ обликѣ консультаціи, состоящей теперь при Министерствѣ Юстиціи.

---

[1]) Сочиненія, VII, стр. 404—406.

Проектъ судебнаго устройства М. Г. Балугьянскаго 1828 г.

Въ началѣ царствованія Императора Николая I былъ учрежденъ особый секретный комитетъ, извѣстный подъ именемъ комитета 6 декабря 1826 года, для разбора бумагъ, оставшихся послѣ Императора Александра I, и для выработки предположенія относительно исправленія и лучшаго устройства существовавшей тогда организаціи управленія и суда.

Предсѣдателемъ былъ назначенъ графъ Кочубей, членами графъ Толстой, Васильчиковъ, князь Голицынъ, баронъ Дибичъ и Сперанскій; дѣлопроизводителями Блудовъ, Дашковъ и баронъ Корфъ.

Работы комитета не привели къ прямымъ практическимъ результатамъ. Изъ выработанныхъ имъ проектовъ только проектъ дополнительнаго закона о состояніяхъ былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ, но и тотъ не получилъ утвержденія, вслѣдствіе сомнѣній, возбужденныхъ Цесаревичемъ Константиномъ Павловичемъ, возражавшимъ особенно противъ предполагавшагося запрещенія брать крестьянъ въ дворовые.

Не смотря на такую безуспѣшность работъ комитета, дѣятельность его представляетъ любопытную страничку въ исторіи постепенной подготовки тѣхъ великихъ реформъ, которыя ознаменовали славное царствованіе Императора Александра II.

Въ проектахъ, обсуждавшихся въ комитетѣ, намѣчались уже тогда начала, которымъ было суждено осуществиться только позднѣе, въ законодательныхъ актахъ Царя-Освободителя.

Съ этой стороны особенно обращаютъ на себя вниманіе предположенія М. А. Балугьянскаго относительно основаній желательнаго преобразованія судебной части, высказанныя имъ въ «Разсужденіи объ учрежденіи губерній», внесенномъ въ комитетъ по Высочайшему повелѣнію отъ имени «неизвѣстнаго» [1]).

---

[1]) Напечатано въ полномъ видѣ въ Сборникѣ Импер. русск. истор. общества, томъ XC. До того относящаяся къ судоустройству часть Разсужденія «Черты су-

Кореннымъ недостаткомъ современнаго ему порядка управленія Балугьянскій признавалъ «произволъ и деспотизмъ всѣхъ чиновниковъ отъ министра до послѣдняго». «Въ нашемъ вѣкѣ гдѣ деспотизмъ? спрашивалъ онъ, въ царяхъ? Взглянемъ на европейскихъ государей! гдѣ деспотизмъ? Онъ есть въ управляющихъ мѣстахъ и лицахъ, дѣйствующихъ съ совершенно неопредѣленною властью, въ замѣшательствѣ порядка и въ производствѣ дѣлъ» [1]).

Но, «всѣхъ болѣе несовершенною» считаетъ Балугьянскій «судную часть». Подчиненность судныхъ мѣстъ губернатору, опредѣленіе судей посредствомъ выборовъ, крайняя медленность производства дѣлъ, обусловленная тѣмъ, что, при чрезвычайной органиченности власти судовъ первой и второй степени, всѣ дѣла обращаются въ Сенатъ и тяжбы дѣлаются безконечными—таковы существенные, по мнѣнію Балугьянскаго, недостатки нашего стараго судоустройства.

Безъ независимости судебной власти отъ правительственной, говоритъ онъ, нѣтъ законнаго правосудія. «Необходимость отдѣленія судебныхъ дѣлъ отъ правительственныхъ не подлежитъ въ нашемъ вѣкѣ никакому сомнѣнію. Всякій чувствуетъ, что тамъ, гдѣ губернаторъ можетъ дать повелѣнія судьямъ судить то или другое, пересматривать ихъ приговоры, остановить исполненіе, тамъ не законъ царствуетъ, а произволъ. Въ цѣлой Европѣ безъ всякаго изъятія, да и у Римлянъ и въ древней Греціи, судная часть отдѣлена была отъ правительственной и не только чтобы начальники сей послѣдней могли остановлять или пересматривать ихъ рѣшенія, они обязаны исполнять ихъ приговоры безпрекословно. Только у дикихъ необразованныхъ народовъ соединяетъ одинъ начальникъ всѣ власти. Судная власть сама по себѣ составляетъ одну изъ трехъ главныхъ частей верховной власти. Всѣ прочія управленія суть только подраздѣленія части исполнительной, слѣдовательно судная власть занимаетъ послѣ законодательной второе мѣсто въ государствѣ. Она не можетъ имѣть равное устройство съ управляющими мѣстами. Величество закона требуетъ, чтобы приговорамъ оной повиновались всѣ прочія управленія. Если судебные приговоры требуютъ исправленія, то для

дебнаго устройства» была извѣстна въ печати только по короткому пересказу Калачева въ его Рецензіи на книгу Андреевскаго: О намѣстникахъ, воеводахъ и губернаторахъ. Изъ нашихъ процессуалистовъ только у проф. Фойницкаго пять строкъ о проектѣ Балугьянскаго, причемъ авторъ ошибочно считаетъ комитетъ 6 декабря «образованнымъ для улучшенія системы мѣстнаго управленія». Курсъ угол. судопр. 1884, I, стр. 152. Работы комитета не ограничивались вопросами только мѣстнаго управленія и самъ Балугьянскій, кромѣ этого разсужденія, внесъ въ него еще другое разсужденіе о средствахъ исправленія учрежденій и законодательства въ Россіи, гдѣ говорится о высшихъ государственныхъ учрежденіяхъ.

[1]) Сборникъ Импер. русск. истор. общ., т. XC, стр. 33, 34.

сего существуетъ по гражданскимъ дѣламъ апелляція, по уголовнымъ— ревизія въ высшихъ степеняхъ суда. На что же вмѣшаніе губернатора, мало или совсѣмъ несвѣдущаго въ законахъ, или по крайней мѣрѣ не знающаго производства всего дѣла, о которомъ онъ судить долженъ? Если общая жалоба, что законы не исполняются, имѣетъ какую-то основательность, то причина оной состоитъ въ совершенной ничтожности судейской власти» [1]).

Не только положеніе суда, недостаточно самостоятельнаго и въ отношеніи къ органамъ административной власти, но точно также и положеніе судей, не пользующихся должной независимостью, представлялось Балугьянскому органическимъ порокомъ нашего стараго суда.

«Опредѣленіе судей посредствомъ выборовъ на *три* года преграждаетъ навсегда возможность, чтобы когда нибудь судьи пріобрѣли нужныя свѣдѣнія, опытность и то уваженіе, которымъ отличается судья долговременно и непремѣнно производящій правду. Какой судья деревенскій помѣщикъ, отставной офицеръ или мѣщанинъ, избранные на три года и ожидающіе съ нетерпѣніемъ смѣны? Если дворянскому и градскому сословіямъ предоставить права выборовъ, то оныя могутъ имъ принадлежать въ избраніи членовъ въ депутатскія собранія, въ думы, въ ратуши и въ другія подобныя совѣщательныя сословія, а не въ судьи, которыхъ должно опредѣлять правительству изъ людей опытныхъ и свѣдущихъ въ законахъ по жизнь или по крайней мѣрѣ на долгое время».

Для устраненія всѣхъ этихъ недостатковъ Балугьянскій находилъ необходимымъ положить въ основу предполагаемаго преобразованія судебнаго устройства два главныхъ, руководящихъ начала: ***самостоятельность суда*** и ***независимость судей.***

Переносъ судебныхъ дѣлъ въ Государственный Совѣтъ безусловно не допускается (§ 11) [2]). На Высочайшее усмотрѣніе вносятся въ видѣ исключенія только приговоры «къ лишенію жизни или чести дворянъ, случаи оскорбленія Величества или измѣны, случаи о имуществѣ царской фамиліи, случаи, въ коихъ умоляется Высочайшее помилованіе» (§ 13). Функціи Министра Юстиціи, которому Балугьянскій предполагалъ присвоить званіе канцлера, находя генералъ-прокурорское званіе для него неприличнымъ, ограничиваются только судебнымъ управленіемъ. «Министерство не можетъ ни перевершивать, ни разсматривать приговоровъ самыхъ низшихъ судовъ, ни подвергать ихъ коллегіи т. н. юрисконсультовъ или предлагать свое мнѣніе Сенату или другимъ судьямъ» (§ 3). Сенатъ долженъ былъ стать кассаціоннымъ судомъ: «не

[1]) Тамъ же, стр. 228, 229.

[2]) Параграфы въ скобкахъ вездѣ означаютъ параграфы проекта Балугьянскаго подъ заголовкомъ „Черты судебнаго устройства", Сборн. Импер. русск. истор. общ., т. XC, стр. 265—274.

судить о существѣ тяжбы или судьбѣ подсудимаго по апелляціи, но уничтожить производство въ случаѣ неправильнаго примѣненія закона къ дѣлу или нарушенія формы и велѣть разсмотрѣть дѣло другому суду» (10). Всѣмъ судамъ высшимъ и меньшимъ не зависѣть отъ какой-нибудь власти, кромѣ власти судебнаго сената» (§ 12). Поэтому мѣстныя судебныя установленія «совершенно изъемлются изъ подъ власти губернатора и губернскаго правленія» [1]).

Кромѣ всего этого, для большаго обезпеченія самостоятельности судебной власти Балугьянскій предполагалъ еще преобразовать прокуратору, пріурочивъ ее исключительно къ судамъ и ограничивъ функціи ея тѣмъ, чтобы: «1) имѣть бдѣніе о сохраненіи порядка въ судопроизводствѣ, законами предписаннаго; 2) вести казенныя тяжбы и охранять при каждомъ случаѣ права правительства; 3) преслѣдовать преступниковъ, дѣлать слѣдствіе и пр.; 4) наблюдать за исполненіемъ приговоровъ суда» (§ 17).

Наконецъ, Балугьянскій проектировалъ также образованіе особыхъ органовъ судебной полиціи: «исполненіе судебныхъ приговоровъ по дѣламъ тяжебнымъ поручается приставамъ, коихъ древнее званіе возобновляется» (§ 21).

Для обезпеченія судейской независимости Балугьянскій предполагалъ всѣхъ судей, какъ назначаемыхъ отъ правительства, такъ и выборныхъ, сдѣлать пожизненными. Только засѣдателей магистратскаго суда, избираемыхъ всѣми городскими обывателями безъ различія состояній, и засѣдателей низшихъ земскихъ расправъ, избираемыхъ отъ крестьянъ, предполагалось избирать «на неопредѣленное время» (§§ 61, 68).

Впрочемъ, сохраненіе выборныхъ судей допущено въ проектѣ Балугьянскаго лишь въ видѣ временной уступки. Самъ онъ предпочитаетъ смѣшанный составъ судебныхъ присутствій изъ назначаемыхъ правительствомъ несмѣняемыхъ судей и выборныхъ засѣдателей. Онъ высказывается въ пользу суда шеффеновъ, указывая, что «при такомъ устройствѣ не нужно думать о juris (sic)». Но шеффены, по его мнѣнію, должны «судить только о подлинности дѣла, а судьи о правдѣ по закону» [2]).

Согласно этимъ общимъ руководящимъ началамъ, Балугьянскій предлагалъ слѣдующую организацію судебныхъ установленій.

Во главѣ всей судебной власти верховный судъ или судебный сенатъ, вѣдающій: 1) уничтоженіе приговоровъ апелляціонныхъ судовъ; 2) разрѣшеніе сомнѣній о подсудности и пререканія судебной власти; 3) сужденіе преступленій противъ Величества» (§§ 25, 26). Онъ раздѣляется

---

[1]) Тамъ же, стр. 244.

[2]) Тамъ-же, стр. 222, примѣч.

на три департамента: 1) гражданскихъ дѣлъ, 2) уголовныхъ и 3) прошеній (§ 27). Сенаторы назначаются изъ предсѣдателей судныхъ палатъ (§ 30).

Вслѣдъ за сенатомъ слѣдуютъ «палаты судныя», учреждаемыя на двѣ губерніи по одной и раздѣляющіяся на департаменты гражданскаго и уголовнаго суда. Палаты состоятъ изъ одного перваго предсѣдателя, двухъ предсѣдателей и до десяти судей, опредѣляемыхъ Высочайшею властью пожизненно.

Уѣздный судъ учреждается на одинъ, два или даже три уѣзда. Онъ также раздѣляется на два департамента, тяжебныхъ и уголовныхъ дѣлъ, и состоитъ изъ предсѣдателя, старшаго судьи и отъ шести до десяти судей. «Судьи избираются депутатскимъ собраніемъ изъ дворянъ или чиновниковъ по жизнь съ Высочайшаго утвержденія. Они почитаются наравнѣ съ другими судьями».

Въ городахъ предполагалось учредить особые магистратскіе суды, состоящіе изъ судьи, опредѣляемаго Министромъ Юстиціи по представленію судной палаты, и засѣдателей, избираемыхъ «на неопредѣленное время изъ жителей, внесенныхъ въ градскую книгу безъ различія состоянія, дворяне ли они или мѣщане или купцы».

Наконецъ, для крестьянъ, какъ казенныхъ, такъ и помѣщичьихъ, должны бы быть учреждены нижнія земскія расправы, состоящія изъ расправнаго судьи по выбору изъ дворянъ и 2—4 засѣдателей-поселянъ по выбору подсудныхъ этимъ расправамъ волостей.

Проектъ Балугьянскаго былъ обсужденъ въ нѣсколькихъ засѣданіяхъ и, «хотя комитетъ и не могъ согласиться со всѣми его сужденіями и предположеніями, но видѣлъ въ трудѣ семъ благонамѣренность и стремленіе къ общей пользѣ, соединенныя съ обширными свѣдѣніями, какъ въ отечественномъ, такъ и въ иностранномъ законодательствѣ» [1]).

Балугьянскій удостоился даже получить за этотъ проектъ выраженіе Высочайшаго благоволенія [2]). Но сказать по правдѣ, проглядывая занесенныя въ журналы комитета сужденія по проекту Балугьянскаго, выносишь такое впечатлѣніе, что именно самое важное, самое существенное въ немъ вовсе даже не обратило на себя вниманіе членовъ комитета.

Самый крупный вопросъ, на которомъ остановился комитетъ, это присвоеніе Сенату значенія кассаціонной только инстанціи.

Относительно послѣдняго вопроса «комитетъ призналъ, что сей порядокъ, посредствомъ коего отдѣляется разсмотрѣніе правильности производства отъ разсмотрѣнія существа дѣла, дѣйствительно представляетъ нѣкоторыя выгоды, но оный едва ли можетъ когда либо быть введенъ

---

[1]) Сборн. Импер. русск. истор. общ., т. LXXIV, стр. 285.

[2]) Сборн. Импер. русск. истор. общ., т. LXXIV, стр. 282.

въ Россію, какъ по состоянію и самому по необходимости недостаточному составу нашихъ губернскихъ судовъ, такъ и по множеству оныхъ и отдаленности отъ столицъ, наконецъ и вообще по трудности установить совершенно новое, почти никому у насъ неизвѣстное и лишь однимъ примѣромъ Франціи оправдываемое правило для теченія дѣлъ судныхъ» [1]).

Обсужденіе вопроса о пріуроченіи прокурорскаго надзора къ однимъ только судебнымъ установленіямъ комитетъ отложилъ до того времени, когда окончательно опредѣлится новое устройство губернскаго управленія [2]). «Отдѣленіе судной полиціи отъ собственно такъ называемаго благочинія» комитетъ нашелъ у насъ неосуществимымъ [3]), Учрежденіе одной судной палаты для двухъ или трехъ губерній и одного суда для нѣсколькихъ уѣздовъ комитетъ призналъ желательнымъ. Устранить вовсе ревизію по крайней мѣрѣ важнѣйшихъ уголовныхъ дѣлъ комитетъ не находилъ возможнымъ. Затѣмъ комитетъ остановился еще на нѣкоторыхъ частныхъ вопросахъ: можно ли допустить участіе засѣдателей отъ купечества въ дѣлахъ, касающихся до дворянъ, и должны ли сверхштатные ассесоры имѣть голосъ [4])?

Возбужденные же проектомъ Балугьянскаго основные вопросы судоустройства: самостоятельность судебной власти и независимость судей— не вызвали вовсе никакихъ сужденій комитета. Предположенія эти, повидимому, казались тогда не совсѣмъ понятными.

Такимъ образомъ, первая попытка провести начала самостоятельности судебной власти и независимости судей оказалась безуспѣшной. Въ проектѣ, принятомъ комитетомъ, нѣтъ о томъ и помина. Вмѣсто несмѣняемости судей, комитетъ въ своемъ проектѣ предполагаетъ «опредѣленіе и увольненіе всѣхъ губернскихъ чиновниковъ судебнаго порядка» предоставить судебному сенату [5]) и тѣмъ усилить смѣшеніе суда съ управленіемъ. Дѣятельность Сената не ограничивается кассаціонной функціей, а вмѣсто того предполагается устройство при немъ верховнаго совѣстнаго суда [6]).

Но всетаки составленныя шестьдесятъ лѣтъ тому назадъ Балугьянскимъ «Черты судебнаго устройства» заслуживаютъ того, чтобы о нихъ вспомнить.

Какъ ни свѣжи еще воспоминанія о времени выработки Судебныхъ

---

[1]) Сборн. Импер. русск. истор. общ., стр. 280.
[2]) Тамъ же, стр. 265, 266.
[3]) Тамъ же, стр. 269.
[4]) Тамъ же, стр. 280, 281.
[5]) Сборн. Импер. русск. истор. общ. т. XC, стр. 171, 177.
[6]) Такъ же, стр. 149.

Уставовъ, сужденія объ условіяхъ, ихъ вызвавшихъ, нерѣдко даютъ поводъ къ спорамъ.

Иные склонны думать, что судебная реформа совсѣмъ не имѣетъ корней въ нашемъ прошломъ, что она явилась безо всякой подготовки, что это никѣмъ нежданный даръ, принесенный случайной прихотью волнъ того взбалсмученнаго моря, какимъ теперь для многихъ представляется русское общество шестидесятыхъ годовъ.

Въ опроверженіе такихъ взглядовъ обыкновенно ссылаются на извѣстную записку графа Блудова 1857 года, гдѣ прямо признана необходимость не частныхъ только поправокъ, а полнаго кореннаго преобразованія всего судебнаго строя [1]).

Проектъ Балугьянскаго доказываетъ, что родословная основныхъ началъ новаго суда идетъ гораздо дальше, что начала эти не вѣтромъ занесены, а явились плодомъ труднаго и долгаго, быть можетъ, слишкомъ долгаго назрѣванія.

---

[1]) Джаншіевъ. Изъ эпохи великихъ реформъ. 5 изданіе 1894 г., стр. 369.

Проектъ верховнаго совѣстнаго суда въ двадцатыхъ годахъ.

(Историческая справка).

Въ ряду возникавшихъ въ недавнее время предположеній относительно измѣненій созданнаго Уставами Александра II судебнаго устройства самымъ радикальнымъ представлялся проектъ образованія въ составѣ Сената высшаго совѣстнаго суда [1]). Судъ этотъ, въ отличіе отъ подзаконныхъ органовъ суда, долженъ былъ явиться органомъ судебной власти, стоящей *выше закона*. Не стѣсняясь общеустановленными судопроизводственными правилами, онъ разслѣдовалъ бы вносимыя въ него «съ Высочайшаго соизволенія, испрашиваемаго Министромъ Юстиціи, гражданскія дѣла и представлялъ бы Самодержавной власти заключенія свои о справедливомъ разрѣшеніи сихъ дѣлъ по существу». Въ объясненіе пользы подобнаго раздвоенія судебной власти на подзаконную и стоящую выше закона указывалось на то, будто бы «правильное *основанное на законѣ* судебное рѣшеніе не всегда можетъ оказаться согласнымъ съ требованіями *истинной* справедливости». Отсюда заключали, что «въ случаяхъ несовпаденія понятія *права по закону* съ идеею *правды по велѣніямъ совѣсти* слѣдовало бы установить исключительный порядокъ разрѣшенія гражданскихъ дѣлъ, открывъ и въ этой области правосудія возможность прибѣгать къ заступничеству Самодержавной власти».

При нашемъ старомъ, дореформенномъ процессѣ, съ отличавшими его началами письменности и формализма, возможность несоотвѣтствія формально правильныхъ приговоровъ съ требованіями нравственнаго чувства самихъ судей была, конечно, гораздо шире. Такое несоотвѣтствіе встрѣчалось тогда несравненно чаще и въ болѣе рѣзкихъ про-

---

[1]) См. Подготовительные матеріалы Коммисіи для пересм. законоп. судебн. части. Томъ II, стр. 10—13.

явленіяхъ. При всемъ томъ наши государственные дѣятели того времени не считали возможнымъ для устраненія этого зла прибѣгать къ такимъ гибельнымъ для твердости правосудія мѣрамъ, какъ раздвоеніе судебной власти на подзаконную и стоящую выше закона, какъ предоставленіе Министру Юстиціи по своему усмотрѣнію испрашивать Высочайшее соизволеніе на пересмотръ окончательно рѣшенныхъ дѣлъ особымъ порядкомъ, внѣ законныхъ формъ и условій.

На необходимость установить какой-нибудь исходъ на случай рѣзкаго несоотвѣтствія формальной правды съ нравственнымъ чувствомъ было обращено между прочимъ вниманіе при обсужденіи въ Комитетѣ 6 декабря 1826 года преобразованія Сената. Съ отдѣленіемъ Судебнаго Сената отъ Правительствующаго и съ признаніемъ безусловной недопустимости обжалованія рѣшеній общаго собранія Судебнаго Сената, предполагалось также учредить въ составѣ Судебнаго Сената верховный совѣстный судъ. Но составленный тогда въ этомъ смыслѣ проектъ существенно отличается отъ современныхъ предположеній по этому вопросу и, именно, въ смыслѣ несравненно большаго сохраненія единства и самостоятельности судебной власти.

Согласно тогдашнему проекту, передача дѣлъ на разсмотрѣніе верховнаго совѣстнаго суда должна была происходить не по испрашиваемымъ Министромъ Юстиція Высочайшимъ повелѣніямъ, а по постановленіямъ самого Сената. Въ § 151 проекта постановлялось, что «когда отдѣленія, департаменты или общее собраніе Сената при разсмотрѣніи дѣла найдутъ его подлежащимъ верховному совѣстному суду, то передаютъ его оному, не постановляя рѣшительнаго заключенія; когда найдутъ въ дѣлѣ обстоятельства, кои относятся къ сему суду и могутъ быть разсмотрѣны отдѣльно, то, рѣшивъ дѣло по законамъ, отсылаютъ въ оный одни сіи обстоятельства, когда же, наконецъ, самое существо дѣла имѣетъ столь тѣсную связь съ сими обстоятельствами, что не можетъ быть судимо правильно безъ предварительнаго ихъ разрѣшенія, то Сенатъ сообщаетъ оныя верховному совѣстному суду и на его заключеніи основываетъ свое рѣшеніе» [1]). Такимъ образомъ дѣла переходили на разрѣшеніе совѣстнаго суда только тогда, когда по признанію *самихъ судей* формальная правда оказывалась въ противорѣчіи съ ихъ нравственнымъ чувствомъ [2]).

Самая организація. какую думали дать верховному совѣстному суду, не ставила его *надъ* Сенатомъ, какъ нѣкоторый внѣзаконный органъ

---

[1]) Сб. Импер. Русск. Истор. Общ., т. XC, стр. 166.

[2]) Кромѣ того, были дѣла, прямо по закону поступавшія въ верховный совѣстный судъ изъ губернскихъ совѣстныхъ судовъ, которые предполагалось тогда не только сохранить, но и расширить. Сб. Импер. Русск. Общ., т. LXXIV, стр. 129—132.

правосудія, а напротивъ придавала ему значеніе выразителя нравственныхъ убѣжденій самого Сената. Въ журналѣ Комитета 6 декабря отъ 27 апрѣля 1827 года прямо выражено, что Комитетъ, «желая возвысить верховный совѣстный судъ въ общемъ мнѣніи, предоставилъ избраніе членовъ его общему собранію Сената, съ Высочайшаго утвержденія». Согласно съ этимъ §§ 26 и 27 проекта учрежденія Судебнаго Сената были изложены такъ: «Общее собраніе Сената въ каждой столицѣ избираетъ ежегодно изъ членовъ своихъ четырнадцать кандидатовъ и представляетъ ихъ чрезъ *предсѣдателя Сената* на Высочайшее усмотрѣніе». «Изъ нихъ Его Императорское Величество назначаетъ предсѣдателя и шесть членовъ верховнаго совѣстнаго суда на одинъ годъ. Сіе назначеніе объявляется Сенату Высочайшимъ именнымъ указомъ» [1]).

Основаніемъ существованія особыхъ совѣстныхъ судовъ, какъ это видно изъ любопытной записки Сперанскаго, составленной для Комитета 6 декабря [2])—«О порядкѣ исправленія окончательныхъ судебныхъ рѣшеній въ Сенатѣ»—и тогда признавали возможность такихъ случаевъ, «въ коихъ судебныя рѣшенія, на общемъ законѣ основанныя, были бы противны нравственной справедливости». Однако, изъ этого не выводили необходимости созданія такихъ органовъ правосудія, которые бы стояли надъ закономъ. Напротивъ, по свидѣтельству Сперанскаго, были «всѣ согласны въ томъ, что случаи сіи должно разрѣшать, соображая, сколь можно, положительный законъ съ нравственною справедливостью». И въ самомъ проектѣ, § 153 указывалось верховному совѣстному суду разрѣшать дѣла хотя и «не по словамъ токмо закона», однако и не вопреки закону, а именно «по разуму закона, по совѣсти и правдѣ» [3]).

Рѣшенія не по словамъ, а по разуму закона, по судейской совѣсти, по правдѣ—все это было чуждо нашему дореформенному суду; все это положено въ основу нашего новаго суда. Поэтому, если бы сподвижники Императора Николая I въ Комитетѣ 6 декабря имѣли въ виду не старый нашъ судъ, а созданный Судебными Уставами, то, надо полагать, они нашли бы излишнимъ учрежденіе особаго совѣстнаго суда, тѣмъ болѣе суда, стоящаго выше закона.

---

[1]) Тамъ же, стр. 134, 135.

[2]) Сб. Импер. Русск. Истор. Общ., т. XC, стр. 181—194.

[3]) Тамъ же, стр. 166.

ОТДѢЛЪ III.

Государственное право.

Очеркъ теорій административной юстиціи.

За послѣднія 15—20 лѣтъ [1]) и въ законодательствѣ германскихъ государствъ, и въ нѣмецкой политической литературѣ видное мѣсто занялъ вопросъ объ административной юстиціи. Почти во всѣхъ нѣмецкихъ земляхъ организуются административные суды. Въ литературѣ появляется цѣлый рядъ изслѣдованій, посвященныхъ теоретической разработкѣ вопроса. Вмѣстѣ съ тѣмъ ученіе объ административной юстиціи завоевало уже себѣ мѣсто и въ общихъ курсахъ государственнаго и административнаго права. Ни одно руководство, сколько нибудь полное, не можетъ обойтись теперь безъ особаго отдѣла, посвященнаго административной юстиціи. Сообразно съ этимъ, изстари установившимся системамъ изложенія пришлось перестроиться, пришлось дать мѣсто новому ученію. Административная юстиція перестала быть какимъ-то выродкомъ, не находившимъ себѣ ни мѣста, ни объясненія въ научныхъ системахъ государственнаго права. Иначе стало относиться къ этому институту и общественное мнѣніе. Когда-то реакціонное пугало, административная юстиція стала теперь даже популярной. Еще недавно робко искавшая опоры въ соображеніяхъ практическаго удобства, она смѣло выступаетъ теперь, имѣя своимъ базисомъ общую научную теорію.

Поэтому, независимо отъ практическаго интереса, независимо отъ любопытныхъ подробностей организаціи новыхъ административныхъ судовъ въ Германіи и Австріи, и теоретическая сторона вопроса представляется именно теперь въ высшей степени интересной.

Между тѣмъ, ни у французовъ, ни даже у нѣмцевъ нѣтъ до сихъ поръ ни одного сколько-нибудь полнаго и обстоятельнаго очерка лите-

---

[1]) Напечатана эта статья въ 1885 году.

ратурной исторіи вопроса. Французы вообще не охотники до историко-литературныхъ обозрѣній; да къ тому же слишкомъ мало знакомы съ иностранной литературой. Для нѣмцевъ же вопросъ этотъ слишкомъ жгучъ, онъ черезъ чуръ еще вопросъ партій. И что важнѣе всего, начало свое теорія административной юстиціи ведетъ изъ Франціи, а ко всему французскому нѣмцы все еще не могутъ относиться спокойно. Какъ бы то ни было, но теорія административной юстиціи не имѣетъ еще исторіи.

Настоящій очеркъ имѣетъ своей цѣлью пополнить этотъ недостатокъ. Сообразно двумъ главнымъ теченіямъ въ теоретической разработкѣ вопроса, онъ распадается на двѣ части. Въ первой изложено послѣдовательное развитіе французской теоріи административной юстиціи, какъ болѣе старой, какъ послужившей основаніемъ и для новѣйшихъ ученій. Вторая часть посвящена изложенію новой нѣмецкой теоріи въ различныхъ ея модификаціяхъ.

Основное различіе двухъ этихъ теорій можетъ быть выяснено въ нѣсколькихъ словахъ. Французская теорія видитъ основаніе административной юстиціи въ принципѣ раздѣленія властей; нѣмецкая—въ различіи частнаго и публичнаго права. Французская теорія относитъ поэтому къ компетенціи административныхъ судовъ тѣ дѣла, въ которыхъ субъектъ правонарушеній есть административный органъ, не могущій, въ силу принципа раздѣленія властей, подчиняться контролю судебной власти. Нѣмецкая теорія находитъ основаніе для отграниченія административной подсудности не въ особенностяхъ *субъекта* правонарушенія, а въ особенностяхъ *объекта*. Какъ для охраны гражданскихъ правъ существуютъ суды гражданскіе, такъ для охраны публичныхъ должны существовать особые административные суды.

I.

Современная организація административной юстиціи во Франціи ведетъ свое начало съ VIII года республики. До революціи, при отсутствіи раздѣленія властей, не могло быть и основанной на этомъ принципѣ постановки административной юстиціи. Въ первое же время послѣ переворота, административная юстиція не отдѣляясь вовсе отъ администраціи, смѣшивалась съ ней. Правда, уже въ учредительномъ собраніи предполагалось первоначально учредить особые административные суды. Въ этомъ смыслѣ высказался именно комитетъ судебной организаціи. Но предложеніе это не нашло себѣ поддержки въ собраніи. Замѣчаніе торнскаго депутата Пезона (Pezons), что учредить въ каждомъ департаментѣ особый административный судъ значило бы снова покрыть Францію 80 cours des aides рѣшило судьбу этого проекта: онъ былъ отвергнутъ.

Были въ средѣ учредительнаго собранія и сторонники предоставленія

вѣдѣнія спорныхъ дѣлъ администраціи обыкновеннымъ судамъ. Шарль Шабру, представитель Дофинэ, ставшій позднѣе членомъ кссаціоннагоа суда, выступилъ защитникомъ этого предложенія.

«Что касается полиціи, администраціи и налоговъ, говорилъ онъ, то тутъ существуютъ, кажется, двѣ стороны. Эти дѣла имѣютъ отношеніе и къ общему порядку и къ частнымъ интересамъ».

«Муниципальныя власти должны дѣлать общія распоряженія для того, чтобы добрый порядокъ былъ соблюдаемъ; административныя учрежденія должны регулировать ходъ управленія и сборъ налоговъ. Муниципальныя власти и административныя учрежденія должны также вѣдать тѣ дѣла, по заявленіямъ гражданъ, которыя называются добровольной юрисдикціей juridiction gracieuse. Для всего этого нѣтъ налобности учреждать суды».

«Но какъ только возникаетъ споръ между частными лицами, какъ только возраженіе формулировано (opposition formé), мы имѣемъ тяжбу, которую не долженъ вѣдать администраторъ, потому что онъ не судья; и такъ какъ нѣтъ никакого основанія изъять эти дѣла изъ вѣдѣнія обыкновенныхъ судовъ, то не слѣдуетъ учреждать безъ нужды другіе суды».

«Можетъ быть скажутъ, что обыкновенные суды могутъ сдѣлаться цензорами администраціи и оказывать ей сопротивленіе? Я думаю, что они должны будутъ согласоваться съ распоряженіями общаго характера, и если уклонятся отъ нихъ, то будутъ имѣться тѣ же средства заставить ихъ исполнять свой долгъ, какія заставляютъ ихъ согласоваться съ законами».

«Я прибавлю еще, что дѣла полицейскія, какъ и другія, мировые судьи должны рѣшать съ участіемъ свѣдующихъ людей, которые будутъ представлять муниципалитетъ, и что въ дѣлахъ административныхъ и податныхъ прокуроры-синдики могутъ, если того требуетъ общественный интересъ, принять участіе въ дѣлѣ и должны быть выслушиваемы».

«Я заключаю поэтому, что конституція не должна ничего изъимать изъ вѣдѣнія обыкновенныхъ судовъ».

Однако и это предложеніе не было принято и главнымъ образомъ по соображеніямъ чисто политическаго свойства. Революціонное правительство не довѣряло судебному сословію, оказавшемуся въ общемъ слишкомъ консервативнымъ. Въ судьяхъ видѣли враговъ революціи и потому судамъ не рѣшались предоставить вѣдѣніе дѣлъ, затрогивающихъ интересы администраціи, призванной осуществлять на практикѣ принципы, провозглашенные революціей.

Дѣло кончилось соединеніемъ воедино и административной юстиціи и управленія. Рѣшеніе спорныхъ дѣлъ управленія было предоставлено департаментскимъ и окружнымъ директоріямъ, являвшимся вмѣстѣ съ

тѣмъ и органами активной администраціи. На постановленія директорій жалобы приносились министрамъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже въ законодательное собраніе [1]).

Этотъ порядокъ вещей былъ существенно измѣненъ законодательствомъ VIII года. Прежде всего, сама конституція 22 фримера VIII года (13 дек. 1799 г.), возстановивъ существованіе государственнаго совѣта, отнесла къ его вѣдѣнію «разрѣшеніе затрудненій, какія встрѣчаются по дѣламъ управленія» [2]).

Это общее опредѣленіе было затѣмъ подробнѣе развито въ органическомъ регламентѣ 5 нивоза VIII года, II статья котораго постановляетъ, что совѣтъ, по предложенію консуловъ, рѣшаетъ дѣла о конфликтахъ, возникающихъ между администраціей и судами и спорныя дѣла, рѣшеніе которыхъ прежде было предоставлено министрамъ [3]). Особой секціи для *разсмотрѣнія* этихъ дѣлъ не было тогда образовано въ составѣ государственнаго совѣта. Однако совѣтники, активно участвовавшіе въ какой либо отрасли управленія, устранялись отъ рѣшенія спорныхъ дѣлъ, касавшихся этой части [4]).

Конституція VIII года, предоставивъ государственному совѣту рѣшеніе спорныхъ дѣлъ управленія, оставила нетронутой организацію низшихъ инстанцій. Но въ такомъ положеніи дѣло оставалось очень недолго. Черезъ два мѣсяца съ небольшимъ послѣ принятія конституціи 28 плювіоза VIII года (17 февр. 1800 года), былъ изданъ законъ о новомъ территоріальномъ дѣленіи республики и объ организаціи мѣстнаго управленія, существенно измѣнившій систему мѣстнаго управленія, а въ частности установившій принципъ отдѣленія административной юстиціи отъ активнаго управленія.

Законъ этотъ и до сихъ остается основаніемъ всей административной системы. Длинный рядъ политическихъ переворотовъ, пережитыхъ съ тѣхъ поръ Франціей, не поколебалъ административной организаціи, установленной законодательствомъ VIII года.

Проектъ закона былъ внесенъ въ законодательный корпусъ 18 плювіоза (7 февр. 1800), тремя государственными совѣтниками: Редереромъ, Шапталемъ и Кретe [5]), а черезъ десять дней законъ уже былъ изданъ. Десять дней на обсужденіе въ коммисіи трибуната, въ самомъ трибунатѣ и въ законодательномъ корпусѣ—это, конечно, очень немного. За-

---

[1]) Dareste. La justice administrative. 1862 p. p. 159--171.

[2]) Sous la direction des consuls, le conseil d'Etat est chargè... de résoudre les difficultés qui s'elévent en matière administrative. Const. art. 52.

[3]) Réglement pour l'organisatiou du Conseil d'Etat 5 nivose an VIII, art. 11 Vuatrin et Batbie Lois administratives françaises, 1886, p. 13.

[4]) Ibidem, art. 12.

[5]) Roederer, Chaptal, Cretet.

конъ обсуждался спѣшно, такъ какъ необходимость установленія новой организаціи мѣстнаго управленія была признана настоятельной, неотложной. Докладчикъ коммисіи трибуната Дону [1]), закончивъ разборъ закона, говоритъ, что коммисія не можетъ признать проектъ вполнѣ удовлетворительнымъ, но тѣмъ не менѣе предлагаетъ трибунату принять его, такъ какъ было бы слишкомъ опасно ожидать долѣе его исправленія [2]). Да и самый проектъ составлялся, какъ видно, спѣшно. Этимъ только можно объяснить, напримѣръ, что въ таблицѣ, представляющей распредѣленіе кантоновъ по округамъ, многіе кантоны пропущены вовсе (въ одномъ департаментѣ Арденнъ—цѣлыхъ 9), что иногда главнымъ мѣстомъ округа назначаются вовсе несуществующія селенія, что названія заурядъ искажены до неузнаваемости [3]). Къ той же причинѣ слѣдуетъ отнести и нѣкоторое несоотвѣтствіе, которое, какъ мы покажемъ ниже, замѣчается между докладомъ Редерера, объясняющимъ проектъ, и самимъ проектомъ.

При такой спѣшности дѣла нельзя было ожидать сколько-нибудь обстоятельнаго обсужденія проекта. И дѣйствительно, отчеты соотвѣтствующихъ засѣданій законодательнаго корпуса и трибуната не отличаются богатствомъ содержанія. Сравнительно больше даетъ докладъ члена государственнаго совѣта Редерера, излагающій мотивы проекта.

Докладъ этотъ [4]) распадается на двѣ части. Въ первой рѣчь идетъ объ административномъ дѣленіи; вторая даетъ характеристику административной системы, установляемой закономъ. Въ этой-то части говорится и объ организаціи административной юстиціи.

«Административная система, такъ начинается эта часть доклада, представляемая законопроектомъ, очень проста; она покоится на принципахъ, издавна усвоенныхъ людьми здравомыслящими.

«*Въ мѣстномъ управленіи*, которое слѣдуетъ отличать отъ управленія общаго, какъ отличаютъ администраторовъ отъ министровъ, различаютъ три отдѣльныхъ задачи:

1) управленіе въ собственномъ смыслѣ;

2) рѣшенія, постановляемыя ex officio, по дѣламъ о налогахъ, и заключающіяся въ различныхъ распредѣленіяхъ ихъ между группами лицъ и индивидами;

3) рѣшенія спорныхъ дѣлъ (du contentieux) по всѣмъ частямъ управленія.

---

[1]) Кромѣ Daunou коммисія состояла изъ гражданъ Adet, Barra, Boisjolin, Carret, Gallois, Malherbe.

[2]) Archives parlementaires, I, p. 187, засѣданіе трибуната 23 плювіоза.

[3]) На это доказываетъ въ своемъ докладѣ Daunou. Arch. parlem. I, p. 182.

[4]) Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises de 1800 á 1860. Tome I. Paris. 1862 p. 169 и сл.

Законопроектъ раздѣляетъ эти три функціи.

Онъ предоставляетъ первую единоличной власти, для каждой ступени административной іерархіи, а именно: префекту, супрефекту и мэру.

Онъ предоставляетъ вторую функцію совѣтамъ: департаментскимъ, окружнымъ и муниципальнымъ распредѣлительнымъ (répartiteurs municipaux), существованіе которыхъ сохраняется.

Онъ предоставляетъ третью функцію *совѣтамъ префектуры*.

Эти постановленія основаны на двухъ принципахъ:

что управлять должно быть дѣломъ одного, а судить дѣломъ многихъ.

. . . . . .

Предоставить вѣдѣніе *спорныхъ дѣлъ управленія* совѣту префектуры казалось необходимымъ:

чтобы сохранить префекту время, какого требуетъ управленіе;

чтобы обезпечить заитересованныя стороны отъ рѣшеній, основанныхъ на докладахъ и мнѣніи бюро;

чтобы передать вопросы собственности на разсмотрѣніе судей, привыкшихъ къ отправленію правосудія, къ его правиламъ, къ его формамъ;

чтобы дать въ одно и тоже время и частнымъ интересамъ и общественнымъ обезпеченность, которой нельзя ожидать при единоличномъ рѣшеніи дѣлъ; ибо администраторъ, безпристрастно уравновѣшивающій коллективные интересы, можетъ оказаться пристрастнымъ и предубѣжденнымъ, когда дѣло идетъ о частномъ интересѣ и склониться въ силу своихъ личныхъ симпатій или антипатій къ измѣнѣ общественному интересу и къ нарушенію индивидуальныхъ правъ.

При дореволюціонномъ режимѣ большая часть спорныхъ дѣлъ управленія отнесена была къ вѣдѣнію судовъ, которые обнаружили направленіе, противное интересамъ казны.

Ихъ пристрастность заставила учредительное собраніе соединить рѣшеніе спорныхъ дѣлъ управленія съ самимъ управленіемъ; и такъ какъ оно сосредоточило административныя функціи въ рукахъ многочисленныхъ директорій, то и думало сдѣлать изъ этихъ корпорацій родъ судовъ. И въ самомъ дѣлѣ, правосудіе могло найти нѣкоторое обезпеченіе при этой системѣ; но она была несовмѣстима съ интересами управленія, такъ какъ распоряженія правительства и даже сами законы встрѣчали разсужденія тамъ, гдѣ бы слѣдовало встрѣчать только рвеніе къ исполненію и повиновенію.

Правительство полагаетъ, что оно избрало настоящую середину между старой системой, которая разъединяла спорныя дѣла управленія и самое управленіе какъ несогласимое, и новой, которая смѣшивала ихъ въ однѣхъ рукахъ, какъ будто это было одно и тоже».

Пренія ни въ трибунатѣ, ни въ законодательномъ корпусѣ почти

вовсе не касались вопроса объ организаціи административной юстиціи. Одна только подробность обратила на себя вниманіе—это предоставленіе предсѣдательства въ совѣтѣ префектуры префекту. Докладчикъ комисіи трибуната [1]) и одинъ изъ ораторовъ не безъ основанія видѣли въ этомъ нарушеніе высказаннаго въ докладѣ принципа отдѣленія административной юстиціи отъ активной администраціи [2]).

Защитниками проекта по этому вопросу явились трибунъ Демуссо [3]), самъ Редереръ и Дельпьеръ, ораторъ трибуната въ законодательномъ корпусѣ. Аргументація ихъ сводилась къ признанію необходимости соглашенія общественнаго и частнаго интереса. «Существо управленія и заключается именно въ томъ, что интересы республики связаны съ дѣлами, по которымъ юрисдикція принадлежитъ администраціи; всѣ же другія дѣла относятся къ компетенціи судовъ, и что поэтому необходимо дать главному представителю мѣстной администраціи возможность участвовать въ рѣшеніи спорныхъ дѣлъ управленія [4]). При такомъ составѣ совѣта префектуръ, совѣтники, судьи, явятся представителями частныхъ интересовъ, префектъ представителемъ общественныхъ, и справедливость рѣшеній будетъ обезпечена ихъ взаимодѣйствіемъ [5]).

Вотъ и все, что даютъ парламентскіе отчеты для объясненія мотивовъ отдѣленія административной юстиціи отъ активной администраціи, этого, по выраженію Редерера, единственнаго изобрѣтенія проекта: la seule invention qui se trouve dans le projet du gouvernement, c' est la distinction, qu'il a faite du contentieux de l'administratif [6]).

Самый текстъ проекта, принятаго безъ измѣненій, содержитъ въ себѣ всего одну статью, касающуюся вопроса объ административной юстиціи—это заключающееся въ 4 статьѣ *перечисленіе* дѣлъ, относящихся къ вѣдѣнію совѣтовъ префектуры. Нѣтъ ни опредѣленія понятія спорныхъ дѣлъ управленія, ни даже какой либо общей характеристики компетенціи совѣта префектуры. И этого нельзя объяснять стремленіемъ составителей закона избѣгнуть въ его текстѣ общихъ, какъ-бы теоретическихъ положеній. Въ предшествующей 3 статьѣ, опредѣляющей кругъ вѣдѣнія префекта, какъ разъ дается такое общее принципіальное положеніе: единоличной власти префекта ввѣряется управленіе [7]). Дону, въ своемъ докладѣ трибунату, обратилъ вниманіе на эту теоретичность 3

---

[1]) Въ трибунатѣ Gillet. Arch. parl. I, p. 202.
[2]) Arch, parlem. I. 183.
[3]) Въ напечатанной, но непроизнесенной имъ рѣчи. Arch. parlem. I, 123.
[4]) Roederer, Arch. parl. I, p. 227.
[5]) Delpierre, Arch. parlem. I, p. 221.
[6]) Arch. parlem. I, p. 220.
[7]) Art. 3 Le Préfet sera chargé seul de l'administration.

статьи проекта, мало умѣстную, по его мнѣнію, въ законѣ [1]). Но онъ ни словомъ не обмолвился о бросающемся въ глаза несоотвѣтствіи редакціи статей 3 и 4, изъ которыхъ одна даетъ *общій принципъ* а другая—только *перечень*. Управленіе въ собственномъ смыслѣ всецѣло ввѣряется вѣдѣнію префекта; перечисленныя въ ст. 4 спорныя дѣла управленія—вѣдѣнію совѣта префектуры. Куда же должны быть отнесены остальныя спорныя дѣла, невошедшія въ этотъ перечень? Въ практическомъ примѣненіи закона на это могъ быть данъ только одинъ отвѣтъ: все, невошедшее въ перечень ст. 4, должно быть отнесено также къ единоличной компетенціи префекта. Но если такъ, то между текстомъ и мотивами, какъ они изложены Редереромъ, нѣтъ соотвѣтствія. Мотивы провозглашаютъ какъ общее, основное правило, отдѣленіе активнаго управленія отъ рѣшенія спорныхъ дѣлъ; законъ же—только опредѣленныя, прямо перечисленныя дѣла, выдѣляетъ въ вѣдѣніе совѣта префектуры. Компетенція совѣта получаетъ, поэтому, характеръ исключительный; по общему правилу, префектъ единолично разрѣшаетъ всякія дѣла, и безспорныя, и спорныя безразлично.

Такое противорѣчіе закона по мотивамъ заставило первыхъ изслѣдователей французскаго административнаго права придать рѣшающее значеніе не законодательному тексту, а мотивамъ. Въ старой литературѣ, опираясь на докладъ Редерера, признавали совѣты префектуры компетентными по всѣмъ спорнымъ дѣламъ управленія [2]). Этотъ взглядъ проникъ и въ практику. Можно, по крайней мѣрѣ, указать рѣшенія государственнаго совѣта, опирающіяся на такое пониманіе дѣла [3]). Но уже Корменэнъ держался противоположнаго взгляда [4]) и теперь, благодаря въ особенности всестороннему разъясненію вопроса въ докладѣ, представленномъ государственному совѣту Булатинье въ 1851 году [5]), этотъ взглядъ сталъ общепринятымъ.

И такъ, докладъ Редерера идетъ гораздо дальше и смѣлѣе, чѣмъ текстъ закона 28 плювіоза. Въ докладѣ—общій принципъ; въ законѣ—только казуистическое перечисленіе. Чѣмъ это объяснить? Можно-ли видѣть въ этомъ неискренность составителей закона, боязнь съ ихъ сто-

---

[1]) Arch. parlem. I, p. 183.

[2]) Такого мнѣнія держится напр. Macarel, Tribunaux и даже Dufour, въ первомъ изданіи Traité général de droit administratif appliqué.

[3]) Напр. извѣстное рѣшеніе госуд. совѣта 6 дек. 1813 г., напечатанное въ Bulletin des lois. Оно приведено цѣликомъ у Dufour, Traité de droit adm., 2 édition, t. II, 1854, p. 18.

[4]) Cormenin, Droit administratif. 5 édition, 1840. t. I, p. 190.

[5]) Rapport sur le livre IV de la loi sur l'administration interieure fait au conseil d'état par M. Boulatignier, et adopté par le Conseil dans sa séance de 9 avril. 1851. Интересующія насъ мѣста этого доклада приведены in extenso у Dufour, Traité 2 ed. II, 16—21.

роны слишкомъ расширить компетенцію совѣта префектуры? Такое объясненіе довольно невѣроятно. Отдѣленіе административной юстиціи отъ активнаго управленія являлось нововведеніемъ, къ которому никто правительство не вынуждалъ. Правительство установляло это раздѣленіе въ своихъ собственныхъ интересахъ, какъ это и объяснено въ мотивахъ, и впослѣдствіи оно никогда не съуживало, а постоянно расширяло компетенцію совѣтовъ префектуры.

Дѣло объясняется гораздо проще—самою новизною; составители закона не дали въ немъ общаго опредѣленія не потому, чтобы не хотѣли дать, а потому, что его не было у нихъ наготовѣ. Опредѣленно формулированное разграниченіе активнаго управленія и административной юстиціи предстояло еще только выработать наукѣ. А пока что, приходилось по необходимости довольствоваться простымъ перечнемъ.

Если обратиться къ вышеприведеннымъ выпискамъ изъ доклада Редерера, то нетрудно замѣтить, что понятіе спорныхъ дѣлъ является въ немъ весьма неопредѣленнымъ. Оно какъ-бы предполагается само собой понятнымъ и, слѣдовательно, неимѣющимъ особаго техническаго значенія. Редереръ какъ бы подводитъ подъ понятіе спорныхъ дѣлъ управленія (le contentieux de l'administration) всѣ тѣ дѣла, которыя представляются спорными въ обыденномъ смыслѣ. Но понятіе спорности очень широко. Нѣтъ административнаго акта, котораго нельзя бы было на какомъ либо основаніи оспорить. Въ изложеніи Редерера ставится или, лучше сказать, предполагается только одно ограниченіе. Понятіе спорнаго дѣла управленія предполагаетъ, что административный актъ оспаривается частнымъ лицомъ, въ его частномъ интересѣ. Другими словами, въ спорномъ дѣлѣ управленія всегда должно заключаться столкновеніе общественнаго интереса съ частнымъ. Вотъ и все. Затѣмъ, нѣтъ дальнѣйшаго, болѣе обстоятельнаго отграниченія спорныхъ дѣлъ управленія, ни отъ дѣлъ судебныхъ, ни отъ дѣлъ активнаго управленія.

Долгое время, приблизительно до 40-хъ годовъ, и въ научной литературѣ сохранялась та-же постановка вопроса, какъ и въ докладѣ Редерера. Представителями этой первой стадіи развитія во французской литературѣ вопроса объ административной юстиціи могутъ служить Макарель и Лемаркьеръ.

Ученіе Макареля изложено въ его монографія—«Административные суды». Онъ начинаетъ съ характеристики законовъ и дѣятельности исполнительной власти.

Законы положительные [1]) бываютъ троякаго рода: 1) законы международные, установляющіе отношеніе между народами; 2) законы публич-

[1]) Macarel. Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative contenant un exámen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration. Paris. 1838, p. 5.

ные, установляющіе отношенія правителей къ управляемымъ и 3) частные, опредѣляющіе интересы гражданъ.

Король вѣдаетъ исполненіе всѣхъ этихъ законовъ и, въ частности, регулируетъ указами и наказами (ordonnances et réglements) исполненіе законовъ публичныхъ, относящихся къ общественному порядку и общей безопасности государства (l'ordre public et la sureté générale de l'état): это и суть акты внутренняго управленія. Тѣ изъ нихъ, которые относятся къ безопасности государства, происходятъ отъ извѣстной диктаторіальной власти; относящіеся къ общественному порядку, основываемыя на исполнительной власти, въ собственномъ смыслѣ слова, осуществляются изданіемъ общихъ правилъ, reglements d'administration publique.

Управленіе государь осуществляетъ чрезъ посредство агентовъ исполнительной власти. Изъ нихъ первые—министры; всѣ остальные имъ подчинены. По отношенію ко всѣмъ этимъ законамъ, исполнительная власть короля есть полная, всецѣлая и исключительная (pleine, entiére, exclusive). Отсюда можно-бы было заключить, что нѣтъ вовсе собственно административныхъ законовъ, ибо управленіе, администрація, есть ничто иное, какъ исполненіе законовъ. Но возможно, что законодательная власть опредѣлитъ особыми законами или самыя основанія управленія, или общія правила для той или другой его отрасли, какъ, напр., законъ объ административномъ дѣленіи или о дорожномъ дѣлѣ.

Законы административные суть тѣ, которые имѣютъ задачей нормировать, въ общемъ интересѣ общества, необходимыя отношенія гражданъ къ государству и государства къ гражданамъ. Но и тысячи законовъ едва-ли могли-бы дать нормы всѣхъ такихъ отношеній, ибо они безконечно многочисленны. Достаточно, если нѣкоторые основные принципы будутъ выражены въ нашихъ конституціонныхъ законахъ. Все, что законодатель оставитъ неопредѣленнымъ, должно получить нормы отъ власти исполнительной. Функція администраціи двоякая: дѣйствіе, l'action и сужденіе, jugement.

Всякій разъ, когда администрація примѣняетъ къ частнымъ случаямъ общіе законы, относящіеся къ общественному порядку и общей безопасности государства, она осуществляетъ дѣйствительную юрисдикцію (véritable juridiction). Но эта юрисдикція можетъ быть или *добровольной* или *необходимой*; первая совершается inter volentes, вторая—inter nolentes, въ первой судья рѣшаетъ causa cognita, во второй—sine causae cognitione. Въ первомъ случаѣ администраторъ осуществляетъ свою власть по просьбѣ одного или нѣсколькихъ гражданъ, безъ спора [1]).

[1]) Toutes les fois que l'administrateur interpose son autorité dans un recours qu'un ou plusieurs citoyens sans contradicteurs exercent devant lui.

Юрисдикція администрації дѣлается спорной, contentieuse, когда акты администратора оспариваются заинтересованной третьей стороной. Voluntaria jurisdictio цитируетъ Макарель д'Аржентре, transit in contentiosam interventu justi adversarii. Спорная юрисдикція администраціи заключается въ изслѣдованіи и устраненіи, путемъ судебнаго разбирательства, всѣхъ тѣхъ нарушеній частныхъ правъ, которыя причинены добровольной юрисдикціей.

Все различіе этого ученія Макареля, отъ того, что мы видѣли въ докладѣ Редерера, въ замѣнѣ частныхъ интересовъ частными правами. Но этой замѣнѣ нельзя придавать большого значенія. Макарель, очевидно, замѣняетъ интересъ правомъ только какъ болѣе подходящимъ для юридическаго изслѣдованія терминомъ. Но онъ не останавливается вовсе на противоположеніи интереса и права, и различіе добровольной и спорной юрисдикціи у него обусловлено исключительно тѣмъ, заявленъ кѣмъ-либо споръ противъ даннаго административнаго акта или нѣтъ. Очевидно, для Макареля терминъ «частное право», обнимаетъ собою тоже самое, что для Редерера «частный интересъ».

Другой писатель, принадлежащій къ той-же стадіи развитія ученія объ административной юстиціи, Лемаркьеръ [1]), несмотря на то, что пишетъ уже послѣ Макареля, возвращается опять къ терминологіи Редерера. И это, конечно, потому, что Макарель не сдѣлалъ изъ своей замѣны термина «интересъ» терминомъ «право» никакого практическаго вывода.

Управленіе, администрація, по опредѣленію Лемаркьера, есть осуществленіе правительственной власти. Оно бываетъ *активнымъ*—когда преслѣдуется исполненіе закона или предписывается какая-нибудь мѣра къ общественной пользѣ, и *спорнымъ*,—когда разрѣшаются вопросы частнаго интереса, связанные съ дѣйствіемъ администраціи [2]). Но для наличности спорнаго административнаго дѣла необходимо, чтобы въ дѣлѣ былъ затронутъ и общественный интересъ. Столкновенія однихъ частныхъ интересовъ между собой относятся къ вѣдѣнію судовъ [3]). Въ объясненіи понятія «интересъ», Лемаркьеръ ограничивается замѣчаніемъ, что въ «административномъ смыслѣ» «частный интересъ» есть «интересъ положительный и матеріальный», а не зависящій отъ усмотрѣнія администраціи.

Конструкція понятія спорныхъ дѣлъ администраціи, даваемая этими писателями, страдаетъ чрезмѣрною общностью и широтой. Французская практика отнюдь не допускала примѣненія того порядка разсмотрѣнія

---

[1]) Lemarquière, C. A. Droit, procédure et jurisprudence administratifs Paris 1839.
[2]) L. c. p. 3.
[3]) L. c. 13 «et non facultatif quant à l'administration».

жалобъ, который былъ установленъ для административно-спорныхъ дѣлъ, ко всѣмъ случаямъ, когда административный актъ оспаривается частнымъ заинтересованнымъ лицомъ, на какомъ-бы то ни было основаніи. Такъ, самъ Лемаркьеръ въ дальнѣйшемъ изложеніи замѣчаетъ, какъ-бы мимоходомъ, что въ спорныхъ дѣлахъ управленія, адмистративныя учрежденія совершаютъ примѣненіе законовъ и указовъ и что потому государственный совѣтъ не принимаетъ жалобъ, если въ нихъ нѣтъ указанія на нарушеніе опредѣленнаго закона или указа [1]). Но какъ-же примирить это съ основнымъ положеніемъ Леморкьера, что спорное дѣло управленія предполагаетъ нарушеніе *«частнаго интереса?»* Вѣдь существованіе того или другого частнаго интереса отнюдь не обусловливается существованіемъ регулирующаго его закона.

Макарель, очевидно, сознавалъ, что понятіе «частнаго интереса» слишкомъ обще, и потому-то оно у него замѣняется другимъ терминомъ «частное право». Но какъ я уже замѣтилъ, онъ не проводилъ различія между правомъ и интересомъ и во всемъ его изложеніи не предполагается возможности обжалованія административнаго акта по иному основанію, какъ нарушеніе права. Поэтому и у него всякое обжалованіе превращаетъ дѣло въ спорное. Между тѣмъ, французская административная практика знаетъ два различные порядка обжалованія, имѣющія каждый свою особую сферу примѣненія: recours contentieux и recours gracieux. Только при обжалованіи въ спорномъ порядкѣ примѣняются судебныя формы, опредѣленные сроки, опредѣленный порядокъ инстанцій, законная сила рѣшеній. Только при обжалованіи въ спорномъ порядкѣ жалобщикъ можетъ требовать, чтобы поданная имъ жалоба была разсмотрѣна и притомъ установленнымъ порядкомъ, только въ этихъ случаяхъ разъ постановленное рѣшеніе получаетъ безповоротную силу для даннаго дѣла. Между тѣмъ изложенное нами ученіе представляетъ дѣло такъ, какъ будто всякое обжалованіе превращаетъ дѣло въ спорное, какъ будто нѣтъ никакого различія между recours gracieux и recours contentieux. Ученіе это не даетъ полнаго объясненія существующаго во французскомъ правѣ порядка обжалованія административныхъ распоряженій.

Но и съ болѣе общей, теоретической точки зрѣнія, ученіе это также является неудовлетворительнымъ. И въ вопросѣ de lege ferenda не можетъ быть опускаемо различіе жалобы, обставленной судебными формами и предполагающей со стороны жалобщика право на жалобу, короче говоря—административнаго иска и простой жалобы, разсчитанной только на большую внимательность къ частнымъ интересамъ, на лучшее знаніе дѣла, на сравнительную широту взгляда высшихъ администра-

[1]) L. c. p. 14.

тивныхъ органовъ и, потому, имѣющей характеръ просьбы, а не требованія. Судебныя формы, какими обставляется административный искъ или жалоба въ спорномъ порядкѣ, требуютъ значительной затраты и времени и силъ. Если бы частныя лица могли въ спорномъ порядкѣ обжаловать дѣйствія администраціи по всякому поводу, какъ имъ придетъ въ голову, администрація была бы этимъ донельзя стѣснена въ своей дѣятельности. Частные интересы, вѣдь это все то, чѣмъ интересуются частныя лица, а они могутъ интересоваться всѣмъ, чѣмъ угодно. Нѣтъ такого пустяка, который бы не могъ потому быть противопоставленъ административному акту, какъ частный интересъ. Но этого мало. Содержаніе частныхъ интересовъ можетъ составлять именно то, противъ чего администрація призвана бороться и что, потому, никакъ не можетъ быть допущено, какъ открыто выставляемое и оффиціально признаваемое основаніе къ оспариванію административныхъ распоряженій. Такимъ основаніемъ могутъ быть признаны только интересы достаточно важные, чтобы стоило къ охранѣ ихъ примѣнять сложныя судебныя формы и, притомъ, относящіеся къ числу интересовъ, признаваемыхъ въ данномъ обществѣ подлежащими охранѣ, а не репрессіи. Другими словами, для обжалованія въ спорномъ порядкѣ, недостаточно желанія жаловаться, а необходимо, сверхъ того, чтобы имѣлось на лицо удовлетворяющее опредѣленнымъ условіямъ основаніе къ жалобѣ.

Въ современной французской литературѣ по административному праву, вопросъ и получилъ такую именно постановку. Законнымъ основаніемъ обжалованія въ спорномъ порядкѣ французскіе публицисты признаютъ нарушеніе дѣйствіемъ администраціи *не интереса только, а права.*

Первымъ, установившимъ такое отграниченіе спорныхъ дѣлъ управленія, былъ, если не ошибаюсь, Шово Адольфъ, въ своихъ Principes de jiridiction et de compétence administratives.

Шово Адольфъ дѣлитъ исполнительную власть на чисто исполнительную (pouvoir éxécutif pur) и управленіе активное (administration active).

Къ чисто исполнительной власти относится надзоръ за исполненіемъ законовъ и изданіе распоряженій, необходимыхъ для ихъ исполненія; осуществленіе делегированной законодательной власти, международные акты и отношенія (haute police administrative), инструкціи и направленіе дѣятельности подчиненныхъ органовъ, назначеніе и удаленіе должностныхъ лицъ и, наконецъ, осуществленіе дисциплинарной власти.

Всѣ акты чисто исполнительной власти совершаются подъ министерской отвѣтственностью. Частныя лица имѣютъ средства къ защитѣ своихъ правъ и интересовъ, затрогиваемыхъ этими актами, въ петиціяхъ палатамъ.

Между тѣмъ, какъ собственно исполнительная власть имѣетъ дѣло

съ общими вопросами, управленіе примѣняетъ общій интересъ въ частныхъ случаяхъ столкновенія съ дѣятельностью индивидуальной. При этомъ управленіе или затрогиваетъ интересъ или нарушаетъ права [1]). Въ первомъ случаѣ управленіе сообразуется съ общими интересами, во второмъ—заботится о соглашеніи общаго интереса съ неприкосновенностью правъ (22). На этомъ и основывается различіе pouvoir gracieux и pouvoir contentieux. Различіе правъ и интересовъ составляетъ ключъ къ пониманію административной компетенціи. Съ помощью его могутъ быть разрѣшены всѣ случаи, когда законодатель не даетъ прямыхъ указаній. Въ противномъ случаѣ законодательное опредѣленіе имѣетъ, конечно, рѣшающее значеніе и если оно несогласно съ принципомъ разграниченія компетенціи, то мы получаемъ уклоненіе (déclassement).

Что же такое *интересъ?*

«Въ правѣ административномъ *интересъ есть отсутствіе права.* Интересъ порождается выгодой, какую данный индивидъ можетъ извлечь изъ какой-нибудь административной мѣры, или желаніемъ получить спеціальную милость, льготу, обращеніемъ общей пользы въ частную выгоду; во всѣхъ этихъ случаяхъ предполагается, что администрація можетъ нарушить этотъ интересъ и отказать въ просимомъ безъ того, чтобы этотъ отказъ порождалъ судебный споръ».

Общаго опредѣленія права Шово не даетъ вовсе и прямо указываетъ два различные вида правъ: *право въ собственномъ смыслѣ* [2]) или право *собственности* и право *пріобрѣтенное* (sic), т.-е. проистекающее изъ акта дискреціонной власти администраціи и пользующееся неприкосновенностью по правилу «*donner et retenir ne vaut*». Это различіе очень важно въ вопросѣ компетенціи.

Различіе права и интереса установляетъ границу pouvoir gracieux и contentieux только въ принципѣ. Въ подробностяхъ существуютъ закономъ установленныя уклоненія déclassements и притомъ двоякаго рода. Иногда нарушеніе права не влечетъ за собою recours contentieux, иногда, наоборотъ, его влечетъ и нарушеніе интереса. Такія уклоненія отъ принципа могутъ быть установлены только *закономъ.*

Въ основѣ этой теоріи Шово Адольфа лежитъ, безъ сомнѣнія, совершенно вѣрная мысль, что судебный процессъ предполагаетъ непремѣнно нарушеніе права, а потому и обжалованіе въ спорномъ порядкѣ, какъ совершающееся съ примѣненіемъ судебныхъ формъ, должно имѣть своимъ основаніемъ тоже самое предположеніе. Но сведеніе различія иска и жалобъ recours contentieux и recours gracieux къ различію права и интереса лишь тогда можетъ объяснить намъ дѣло, когда будетъ объяс-

---

[1]) Touche des intérêts ou blesse les droits.

[2]) На стр. 2 кромѣ того и droits inhérents á la personne.

нено самое различіе права и интереса. Въ книгѣ же Шово Адольфа вовсе не дано такого объясненія. Интересъ опредѣляется у него какъ отсутствіе права, а опредѣленія права вовсе нѣтъ. Слѣдовательно, даны термины, но не выяснено ихъ значенія. Различіе права и интереса Шово Адольфъ называетъ «ключомъ къ пониманію административной юстиціи», но не даетъ ключа къ пониманію самого этого различія.

Помочь горю попытался Вивьенъ, въ своихъ Etudes administratives [1]).

Онъ признаетъ одинаково ошибочнымъ видѣть въ административной юстиціи и захватъ администраціей дѣлъ, относящихся къ компетенціи судовъ, и охрану простыхъ интересовъ, въ противоположность судебной охранѣ правъ. И то и другое входитъ частью въ административную юстицію, такъ какъ она сложилась во Франціи исторически, но все это только исключенія и аномаліи, уклоненіе отъ нормъ.

Административно-судныя дѣла отличаются отъ собственно судебныхъ тѣмъ, что примѣняются только къ вопросамъ административнаго порядка, опредѣляются особыми законами и подчинены только имъ свойственнымъ началамъ и условіямъ.

Съ другой стороны, эти дѣла отличаются отъ чисто административныхъ дѣлъ, гдѣ вопросъ идетъ только объ интересахъ, тѣмъ, что возникаютъ только тогда, когда затрогиваются права. Это различіе административной юстиціи отъ чистой администраціи основывается на различіи суда и администраціи. Администрація охраняетъ общіе интересы; судъ—индивидуальныя права [2]).

Сфера административной юстиціи крайне обширна. Дѣло въ томъ, что администрація призвана управлять общими интересами, обезпечивать имъ преобладаніе надъ частными и, насколько позволяютъ общественныя условія и обстоятельства, примирять требованія, вытекающія изъ тѣхъ и другихъ. Чтобы выполнить эту миссію, администрація нуждается въ просторѣ: свобода—ея жизненное условіе. Но давая администраціи права, законодатель обставляетъ ихъ условіями; давая ей свободу, онъ ставитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и границы этой свободѣ.

Ограниченія, вытекающія изъ законодательныхъ опредѣленій, сводятся къ тремъ:

Во первыхъ, законъ опредѣляетъ, кто именно долженъ рѣшать вопросъ.

Во-вторыхъ, обставляетъ самое рѣшеніе извѣстными гарантіями, напр. требуетъ предварительнаго выслушиванія мнѣнія совѣщательнаго учрежденія, сообщенія дѣла сторонамъ и проч.

Въ третьихъ, самую власть администраціи ставитъ въ точно опредѣ-

---

[1]) Томъ первый, первое изданіе 1845; второе 1852, стр. 119—129.

[2]) Etudes, I, p. 16.

дѣленныя рамки, напр. опредѣляетъ максимумъ того разстоянія, на какое можетъ быть удалено кладбище отъ жилья; условія, при какихъ можетъ быть отказано въ дачѣ привилегіи на изобрѣтеніе.

Съ одной стороны, не въ отношеніи каждой отдѣльной функціи ставятся ограниченія всѣхъ этихъ трехъ родовъ, съ другой, при нѣкоторыхъ функціяхъ являются еще ограниченія власти и свободы администраціи не изъ закона, а изъ частныхъ регламентовъ, уставовъ и частныхъ обязательствъ. Регламенты имѣютъ для администраціи силу закона. Частныя обязательства вытекаютъ изъ договоровъ, заключаемыхъ администраціей съ сторонними лицами.

Такимъ образомъ, администрація имѣетъ двоякаго рода власть: съ одной стороны—дискреціонную, свободную, съ другой—обставленную ограниченіями, опредѣленную, пассивную.

Различеніе этихъ двухъ родовъ власти имѣетъ большое значеніе, когда является жалоба на дѣйствія администраціи. Если дѣйствіе было осуществленіемъ дискреціонной власти и, слѣдовательно, рѣчь можетъ идти только о нарушеніи интересовъ, а не правъ, на него можетъ быть принесена только простая жалоба по начальству (juridiction gracieuse, recours par voie gracieuse).

Если, напротивъ, дѣйствіе было проявленіемъ ограниченной власти и, слѣдовательно, можетъ имѣться нарушеніе правъ, противъ можетъ быть предъявленъ искъ въ административно-судномъ порядкѣ (voie contentieuse).

Слѣдовательно, сфера административно-судныхъ дѣлъ складывается изъ всѣхъ жалобъ на нарушеніе обязанностей, налагаемыхъ на администрацію законами, регламентами и договорами, ею заключаемыми.

Перечислить всѣ административно-судныя дѣла невозможно. Не говоря уже о трудности такого рода работъ, составленное перечисленіе слишкомъ скоро дѣлается неполнымъ, такъ какъ каждый новый административный законъ вноситъ измѣненіе въ опредѣленіе границъ административно-судныхъ дѣлъ. Поэтому, естественно, и въ законодательствѣ не имѣется такого перечисленія, но въ немъ нѣтъ и опредѣленія понятія административно-судныхъ дѣлъ. Это понятіе выработано и установлено практикой государственнаго совѣта. Она допускаетъ жалобы въ административно-судномъ порядкѣ только тогда, когда дѣло идетъ о правѣ, основанномъ или на законахъ, нормирующихъ дѣятельность администраціи, или на договорахъ, ею заключенныхъ. Кромѣ того, не допускаетъ жалобъ въ этомъ порядкѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло касается исключительно частныхъ интересовъ или самое дѣйствіе не есть собственно актъ администраціи, а касается актовъ дипломатическихъ, финансовыхъ распоряженій, подлежащихъ контролю палатъ и мѣръ высшей полиціи, предпринимаемыхъ министрами подъ страхомъ политической отвѣтственности, вообще актовъ не административныхъ, а полити

ческихъ. Вивьенъ различаетъ двѣ отрасли или вѣтви исполнительной власти: политику, т. е. нравственное направленіе общихъ интересовъ націи, и администрацію, т. е. удовлетвореніе общественнымъ потребностямъ (la direction morale des interêts généraux de la nation, et l'administration qui consiste principalement dans l'accomplissement des services publiques). Отношеніе между политикой и администраціей онъ приравниваетъ къ отношеніямъ между головой и рукой.

Это опредѣленіе административно-судныхъ дѣлъ перешло не только въ учебники и общіе трактаты [1]) по административному праву, но даже въ монографіи. Такъ, одно изъ наиболѣе извѣстныхъ спеціальныхъ изслѣдованій по административной юстиціи, Родольфа Дареста [2]), принимаетъ дословно это опредѣленіе. Впрочемъ, Дарестъ придаетъ большое значеніе опредѣленіямъ положительнаго права. Приводя опредѣленіе Вивьена, онъ дѣлаетъ нарочитую оговорку, что оно можетъ быть принято не иначе, какъ «sous bénéfice d'inventaire et comme une expression abregéé des innombrables dispositions de nos lois»: «non ex regula jus summatum sed ex jure, quod est regula fiat».

Но опредѣленіе Вивьена получило въ трудѣ Дареста дальнѣйшее развитіе, именно—онъ точнѣе опредѣляетъ его съ отрицательной стороны.

Указавъ, что по принципу всякій актъ администраціи, затрогивающій право, можетъ дать поводъ къ административно-судному разбирательству, онъ затѣмъ указываетъ, какіе акты *не могутъ* быть предметомъ такого разбирательства.

Это, во первыхъ, акты законодательнаго характера, хотя бы они исходили и отъ административныхъ органовъ (decrets, ordonnances réglements de police faits par l'autorité administrative en vertu d'une délégation du pouvoir législatif).

Во вторыхъ, подлежатъ изъятію въ этомъ отношеніи акты правительства (gouvernement), т. е. акты, которые конституція и законы предоставляютъ верховной власти подъ единственнымъ контролемъ политическихъ корпорацій (corps politiques) и общественнаго мнѣнія, напр. объявленіе войны, заключеніе трактатовъ.

Въ третьихъ изъемлются дѣйствія, предпринимаемыя администраціей не въ качествѣ таковой, а въ качествѣ собственника (казны).

Всѣ эти акты не могутъ быть предметомъ административно-суднаго разбирательства, потому что не составляютъ актовъ администраціи въ собственномъ смыслѣ слова. Но и изъ тѣхъ актовъ, которые относятся къ области собственно администраціи, не всѣ могутъ быть обжалованы

---

[1]) Напр. оно повторено дословно у Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, t. VII 1868, p. 419.

[2]) Dareste, La justice administrative en France. 1862.

въ административно-судномъ порядкѣ. Слѣдуетъ выдѣлить еще акты, относящіеся къ области чистой администраціи (administration pure), предоставленные въ ея дискреціонную власть. Эти акты Даресть отказывается опредѣлить: онъ даетъ только нѣсколько пояснительныхъ примѣровъ.

Наконецъ, по общему правилу по крайней мѣрѣ, изъемлются акты, исходящіе изъ государственнаго совѣта, такъ какъ совѣтъ самъ есть высшій административный судъ.

Въ изложеніи Вивьена и его послѣдователей, теорія административной юстиціи представляется болѣе полной и законченной. Между правомъ и интересомъ проводится весьма опредѣленное различіе. Въ сферѣ дискреціонной власти администраціи, она можетъ сталкиваться только съ интересами частныхъ лицъ. Противопоставить административному акту право, частное лицо можетъ лишь тамъ, гдѣ власть администраціи ограничена закономъ или договоромъ, заключеннымъ самой администраціей.

Но тутъ возникаетъ вопросъ другого рода: что считать ограниченіемъ административной власти, лишающимъ ее дискреціоннаго характера? Мы видѣли, что Вивьенъ имѣетъ въ виду лишь прямо установленныя закономъ ограниченія. Только тамъ можетъ идти рѣчь о нарушеніи административнымъ актомъ права, гдѣ рѣшеніе вопроса не предоставляется усмотрѣнію администраціи, а предрѣшено самимъ закономъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда законъ, возлагая на администрацію выполненіе извѣстной задачи, выборъ средствъ для того предоставляетъ усмотрѣнію администраціи, власть ея дискреціонная и потому ей не могутъ быть противопоставляемы частныя права.

Такое пониманіе дѣла, однако, слишкомъ съуживаетъ сферу административной юстиціи. Французское законодательство шире опредѣляетъ компетенцію административныхъ судовъ, не ограничивая ея тѣми случаями, гдѣ задача управленія ограничивается однимъ механическимъ примѣненіемъ закона. Такъ напр. дѣла о разрѣшеніи т. н. ateliers incommodes et insalubres, въ которыхъ значительную роль играетъ усмотрѣніе администраціи, тѣмъ не менѣе относятся къ разряду административно-судебныхъ дѣлъ. Должно сказать даже, что именно для тѣхъ дѣлъ, рѣшеніе которыхъ зависитъ отъ усмотрѣнія администраціи, и чувствуется необходимость существованія особыхъ административныхъ судовъ, съ особенной организаціей и процедурой. Когда административный актъ нарушаетъ прямо установленную закономъ грань, можно бы, пожалуй, удовольствоваться контролемъ гражданскихъ и уголовныхъ судовъ. Только тамъ, гдѣ нѣтъ такихъ формальныхъ опредѣленій, чувствуется вполнѣ необходимость особаго административно-судебнаго контроля.

Государственный совѣтъ не могъ не почувствовать этого; занимая положеніе высшаго, контролирующаго административную дѣятельность

учрежденія, онъ не могъ не придти къ сознанію необходимости расширить административно-судебный контроль за предѣлы однихъ только прямыхъ нарушеній формальныхъ опредѣленій закона. И практики нашли опору для такого расширенія въ одномъ постановленіи законодательства 1790 г. 7—14 октября. Ст. 5 этого закона постановляетъ, что жалобы на нарушеніе своей компетенціи административными учрежденіями, ни въ какомъ случаѣ не относятся къ вѣдѣнію судовъ, а должны быть приносимы королю, главѣ всего управленія. Только въ самое послѣднее время, закономъ 14 мая 1872 г. ст. 9, государственному совѣту было прямо предоставлено принятіе жалобъ на превышеніе власти.

Между тѣмъ, какъ кассаціонный судъ обнаруживаетъ наклонность съуживать понятіе «превышенія власти», государственный совѣтъ, напротивъ, постоянно расширяетъ это понятіе.

Такъ, прежде всего, всякое нарушеніе предѣловъ вѣдомства онъ признаетъ уже превышеніемъ власти, все равно, будетъ ли это нарушеніе вторженіемъ въ предѣлы вѣдомства не административныхъ учрежденій, напримѣръ законодательныхъ или судебныхъ, или въ предѣлы вѣдомства однородныхъ административныхъ учрежденій, хотя бы даже нисшихъ. Точно также будетъ превышеніемъ власти и то, когда дѣйствуя въ предѣлахъ предоставленной ему власти, администраторъ не соблюдаетъ предписанныхъ закономъ для данныхъ дѣйствій особыхъ формъ. И наконецъ, идя еще дальше въ расширеніи понятія превышенія власти, государственный совѣтъ признаетъ, что превышеніе власти имѣется и въ томъ, случаѣ, когда совершая предоставленныя его власти дѣйствія, и съ соблюденіемъ установленныхъ для того формъ, администраторъ совершаетъ ихъ не для той цѣли, какая указана закономъ. Но такъ какъ всякое полномочіе дается администраціи ради какой-нибудь опредѣленной цѣли, то такое расширеніе понятій превышенія власти равносильно признанію, что вся дѣятельность администраціи, безъ изъятій, подлежитъ административно-судебному контролю.

Такое направленіе въ практикѣ государственнаго совѣта опредѣленно обозначилось, однако, не ранѣе начала 60-хъ годовъ [1]) и съ этого только времени такой, болѣе широкій взглядъ на административную юстицію, проникаетъ и въ литературу. Широкое пониманіе превышенія власти дѣлало необходимымъ расширить тѣ рамки, какія были указаны административной юстиціи теоріей Шово Адольфа или Вивьена. Рѣзкое противоположеніе ограниченныхъ закономъ и дискреціонныхъ полномочій

[1]) Со времени извѣстнаго рѣшенія государственнаго совѣта 7 іюня 1865 года, признавшаго, что префекты, которымъ закономъ предоставлено право издавать обязательныя правила для установленія порядка въ движеніи извощиковъ на вокзалахъ, не могутъ, основываясь на этомъ, предоставить какому-нибудь содержателю извоза монополіи.

администраціи, должно было теперь пасть. Выразителемъ этого новаго направленія въ литературѣ явился прежде всего Ококъ [1]).

Онъ различаетъ, въ кругѣ дѣлъ, относящихся къ вѣдѣнію административной юстиціи, три различныхъ категоріи. Во-первыхъ, административно-спорныя дѣла, въ собственномъ смыслѣ слова, предполагающія нарушеніе актомъ администраціи какого-нибудъ права, основаннаго на законѣ, регламентѣ или договорѣ. Во-вторыхъ, толкованіе административныхъ актовъ, для разрѣшенія вопросовъ, возникающихъ на судѣ гражданскомъ или уголовномъ. Это вытекаетъ изъ строго проводимаго начала раздѣленія властей, въ силу чего признается, что истолкователемъ административныхъ распоряженій можетъ быть только сама администрація. Наконецъ, въ третьихъ, дѣла по жалобамъ на превышеніе власти административными органами. Этотъ порядокъ обжалованія примѣнимъ ко всѣмъ дѣйствіямъ администраціи, безъ ограниченій. Но за то при немъ не допускается разсмотрѣнія дѣла по существу, какъ при обжалованіи административно-спорномъ, въ собственномъ значеніи слова. Послѣдствіемъ обжалованія по поводу превышенія власти можетъ быть отмѣна распоряженія администраціи — и только. Приговоръ административнаго суда, въ этихъ случаяхъ, не можетъ замѣнить собою отмѣненнаго распоряженія, не можетъ содержать въ себѣ перерѣшенія поставленнаго администраціи вопроса. Тутъ примѣняется тоже начало, что при кассаціонномъ производствѣ.

Ясно само собой, что это ученіе объ административно-спорныхъ дѣлахъ имѣетъ исключительно описательный характеръ. Оно даетъ намъ довольно простую классификацію, въ рамки которой легко укладывается весь матеріалъ французскаго законодательства и практики государственнаго совѣта. Оно даетъ намъ вѣрную картину того, что представляетъ французская административная юстиція въ современной ея постановкѣ. Но научной теоріей его назвать нельзя. Ученіе Окока вовсе не обобщаетъ вопроса, не выясняетъ основныхъ руководящихъ принциповъ, не даетъ вовсе юридической конструкціи административныхъ исковъ. Тѣмъ не менѣе ученіе Окока принимается почти всѣми современными писателями какъ въ общихъ курсахъ, такъ и въ монографіяхъ [2]).

Но французская теорія административной юстиціи нашла себѣ разработку также въ Германіи. Въ двадцатыхъ годахъ настоящаго столѣтія нѣмецкая литература по вопросу объ административной юстиціи ограничивалась передачей воззрѣній, выработанныхъ французскими юристами.

---

[1]) Aucoc Conférences sur l'administration et le droit administratif. T. 1. 1869. Domaine propre de la juridiction administrative p.p., 361—406.

[2]) Gauthier. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matiéres civiles et judiciaires Paris. 1879. Fuzier-Herman. La séparation des pouvoirs 1880. Saint Girons Essai sur la séparation des pouvoirs 1881.

Первымъ сочиненіемъ этого направленія было произведеніе *Кестлина* [1]), которое я, къ сожалѣнію, не могъ достать. По отзыву нѣмецкихъ писателей, оно даетъ толковое изложеніе постановки административной юстиціи во Франціи—и только. Но самымъ выдающимся представителемъ этой стадіи развитія нѣмецкой литературы объ административной юстиціи признается всѣми Пфицеръ [2]).

Пфицеръ Карлъ строитъ свою теорію на договорной теоріи о происхожденіи государства. Каждое государство, если не въ дѣйствительности, то по крайней мѣрѣ въ идеѣ, основывается на договорѣ. Права, вытекающія изъ государственнаго договора для гражданъ распадаются на двѣ различныя группы. Это, во первыхъ, такія права, которыя присвоиваются не отдѣльнымъ гражданамъ, а всей совокупности гражданъ, напр. право на участіе земскихъ чиновъ въ законодательствѣ; во вторыхъ, изъ государственнаго договора вытекаютъ и права для отдѣльныхъ гражданъ и, притомъ, частью для всѣхъ и каждаго, частью одному или нѣсколькимъ изъ гражданъ.

Съ другой стороны и для сюзерена возникаютъ изъ договора права, какъ внѣ государства, напр. право войны, такъ и внутри. Въ послѣднемъ отношеніи его право представляется въ видѣ законодательной и исполнительной власти. Законодательная власть установляетъ нормы: 1) объ управленіи, 2) объ обязанностяхъ поданныхъ, какъ таковыхъ; 3) о правахъ, вытекающихъ изъ государственнаго договора для отдѣльныхъ гражданъ, и 4) о всѣхъ остальныхъ правахъ, а именно: гражданскомъ и уголовномъ правѣ.

Исполнительная власть примѣняетъ нормы, установленныя законодательной и, потому, ея компетенція распространяется на тѣ-же предметы, что и компетенція законодательной власти; слѣдовательно, къ ея вѣдѣнію не относятся права, вытекающія изъ государственнаго договора для всей совокупности гражданъ, права суверена внѣ государства и, кромѣ того, самое право законодательства.

Теперь спрашивается, какъ-же дѣлится компетенція исполнительной власти между ея вѣтвями—судомъ и администраціей? Внѣ спора, что суду принадлежитъ вѣдѣніе 4-й группы правъ, а администраціи—первой. Возбуждаетъ сомнѣніе только компетенція по дѣламъ 2 и 3 группъ.

Къ опредѣленію границы компетенціи суда и администраціи, въ этихъ спорныхъ вопросахъ, существуютъ два пути: Можно или вывести ее изъ цѣли государства, или отвлечь общіе признаки отъ конкретныхъ

---

[1]) Köstlin. Die Verwaltungsjustiz nach französischen Grundsätzen, Stuttgart. 1823.

[2]) Carl v. Pfizer. Ueber die Grenzen zwischen Verwaltung und Civiljustiz und über die Form bei Behandlung der Verwaltungsjustiz. Stuttgart. 1828.

частностей. Но первый путь неудобенъ, такъ какъ самая цѣль государства опредѣляется несогласно. Поэтому остается только второй путь.

Тутъ прежде всего и предстоитъ рѣшить вопросъ объ указанныхъ двухъ группахъ правъ. Куда ихъ отнести—къ суду или къ администраціи. На практикѣ, рѣшеніе этого вопроса обходится съ помощью того, что ихъ ставятъ въ положеніе какъ-бы нейтралитета, относя къ вѣдѣнію администраціи, но называютъ *судными* дѣлами, откуда и получается самопротиворѣчивое названіе административной юстиціи (Verwaltungsjutiz).

Что касается управленія и суда, то послѣднему присвоивается рѣшеніе всѣхъ дѣлъ о спорныхъ или нарушенныхъ правахъ, управленію—наоборотъ, тѣ дѣла, гдѣ нѣтъ вопроса о нарушенныхъ или спорныхъ правахъ. Управленіе имѣетъ дѣло и со спорами, но со спорами объ интересахъ, а не правахъ, и съ правами, но не спорными или нарушаемыми.

Это различеніе управленія и суда не можетъ быть, однако, примѣнимо всецѣло къ административнымъ и судебнымъ *мѣстамъ*, такъ какъ раздѣленіе между ними никогда не можетъ вполнѣ соотвѣтствовать различенію понятій суда и управленія. Судебныя мѣста осуществляютъ функцію управленія, административныя—суда; поэтому, въ примѣненіи къ мѣстамъ, надо различать правила и исключенія.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній, К. Пфицеръ переходитъ къ вопросу о томъ, должна-ли быть отдѣляема отъ гражданскаго суда административная юстиція, не касаясь собственно вопроса о томъ, кто ее долженъ осуществлять. Вопросъ о разграниченіи гражданскаго суда и административной юстиціи сохраняетъ свое значеніе и тогда, когда послѣдняя предоставляется вѣдѣнію гражданскихъ судовъ.

Во всѣхъ видахъ суда отношеніе подданства (Subjections-verhältniss) является *источникомъ* дѣятельности, но иногда это отношеніе можетъ быть, сверхъ того, и предметомъ,—въ такомъ случаѣ имѣется административная юстиція. Словомъ, когда право, о которомъ идетъ судъ, опирается на отношеніе подчиненія, лишь какъ на общее основаніе всѣхъ правъ государствѣ,—это гражданскій судъ, если оно основывается на этомъ отношеніи еще и какъ на спеціальномъ своемъ основаніи—административная юстиція. Такимъ предметомъ она отличается отъ гражданской юстиціи и, вмѣстѣ съ нею, отличается отъ уголовной, которая имѣетъ предметомъ преступленія и наказанія.

Предметомъ суда отношеніе подданства является тогда, когда дѣло идетъ объ отношеніяхъ, т. е. объ обязанностяхъ и правахъ подданныхъ, какъ таковыхъ. Оба эти класса отношеній непосредственно основываются на государственномъ договорѣ.

Нѣмецкіе писатели, однако, недолго довольствовались французской теоріей. Преобладаніе въ нѣмецкой литературѣ того времени философ-

скаго направленія и, вообще отличающая нѣмцевъ, наклонность къ абстрактному, не могли не привесть ихъ къ признанію французской теоріи неудовлетворительной. И вотъ уже въ тридцатыхъ годахъ теорія эта существенно видоизмѣняется.

Французская теорія административной юстиціи, во всякомъ случаѣ, представляетъ большія достоинства, какъ догматическая конструкція положительнаго права. Для практическихъ цѣлей она можетъ служить съ большимъ успѣхомъ. Но теоретическое ея основаніе представляется весьма шаткимъ. Основывать существованіе административной юстиціи на принципѣ раздѣленія властей нельзя, не впадая въ самопротиворѣчіе. Раздѣленіе властей судебной и административной въ томъ и заключается, что судъ, какъ особая, отличная отъ исполненія функція, представляется независимымъ отъ администраціи учрежденіемъ. И, вмѣстѣ съ тѣмъ, изъ этого-же принципа раздѣленія властей думаютъ вывести невозможность предоставленія суду разрѣшенія вопросовъ о правонарушеніяхъ, совершаемыхъ административными актами. Это бросающееся въ глаза противорѣчіе можетъ быть объяснено двумя обстоятельствами. Во-первыхъ, тѣмъ, что въ революціонную эпоху на первомъ планѣ стояло отдѣленіе отъ исполнительной власти функціи законодательной, а не судебной. Во-вторыхъ, тѣмъ, что у Монтескье, пользовавшагося въ то время высокимъ авторитетомъ, судебная власть опредѣляется какъ исполнительная власть въ отношеніи къ законамъ гражданскимъ [1]), и этимъ какъ-бы само собой исключалось изъ ея компетенціи все, относящееся къ праву публичному. При такомъ взглядѣ на дѣло, судебная и исполнительная власти естественно ставились наравнѣ, будучи каждая въ своей сферѣ надѣлены одинаковыми правами. Строго логическое различіе судебной и исполнительной власти по различію природы ихъ функцій было сдѣлано уже позднѣе—Кантомъ.

Такимъ образомъ, это противорѣчіе, заключающееся въ выводѣ необходимости административной юстиціи изъ принципа раздѣленія властей, находитъ себѣ объясненіе. Но противорѣчіемъ оно все-таки остается и нѣмцы, у которыхъ, благодаря Канту, установилось болѣе логичное пониманіе принципа раздѣленія властей, не могли не чувствовать этого противорѣчія. Нѣмецкіе писатели, перенявшіе французское ученіе, старались, однако, дать ему такую постановку, чтобы это противорѣчіе устранялось, чтобы существованіе административной юстиціи не означало собой предоставленіе судебныхъ функцій администраціи. Достигнуть этого можно было лишь при томъ условіи, если будетъ доказано, что дѣла, относящіяся къ компетенціи административныхъ судовъ, не суть вовсе дѣло юстиціи (Justizsache). Вотъ почему старая нѣмецкая литература

[1]) Esprit des lois.

объ административной юстиціи вся сводится къ разрѣшенію вопроса—что есть дѣло юстиціи, что администраціи (Justizsache и Administrativsache).

Сторонники административной юстиціи съуживаютъ кругъ дѣлъ юстиціи, противники—расширяютъ, и на этомъ пунктѣ вращается весь ихъ споръ.

Увлекаясь желаніемъ дать теоріи административной юстиціи строго логическую постановку и заботясь, прежде всего, о томъ, чтобы вѣдѣніе всѣхъ споровъ о правѣ сохранить за судебною властью, нѣмецкіе публицисты не задумались, съ другой стороны, урѣзать весьма значительно самое понятіе права. Полномочія судебной власти объемлютъ у нихъ все право, но за то съуживается самая область права. У французовъ, какъ мы видѣли, не возникало никогда и вопроса о томъ, имѣютъ-ли частныя лица права въ отношеніи къ администраціи. Существованіе такихъ правъ стоитъ у нихъ внѣ спора, какъ нѣчто само собой разумѣющееся, и охрана этихъ правъ составляетъ задачу административной юстиціи. Но за то гражданскіе суды вѣдаютъ споры не о всякихъ правахъ. Споры о правѣ, въ отношеніи къ администраціи, разрѣшаются административными органами. У нѣмцевъ, какъ разъ, наоборотъ. Всѣ споры о правѣ вѣдаетъ гражданскій судъ, но за то въ отношеніи къ администраціи, какъ публичной власти, правъ за частными лицами вовсе не признается. Полнота судебныхъ полномочій покупается у нихъ весьма дорогой цѣной ограниченія правъ частныхъ лицъ только ихъ взаимными отношеніями.

Путь, какимъ старые нѣмецкіе писатели приходили къ такому выводу, былъ двоякій. Одни отправлялись отъ отождествленія субъективнаго права съ правомъ частнымъ и отъ вытекавшаго отсюда отрицанія возможности существованія субъективныхъ правъ въ сферѣ управленія. Другіе клали въ основу своего ученія понятіе правъ государственнаго верховенства (Hoheitsrechte), осуществленію которыхъ не могутъ быть противопоставляемы частныя права.

Функе [1]) послужитъ намъ образцомъ перваго направленія. Въ различеніи судебныхъ и административно-судныхъ дѣлъ онъ отправляется отъ различія законовъ, которые частью опредѣляютъ юридическія отношенія отдѣльныхъ частныхъ лицъ, частью установляютъ только нормы, относящіяся къ цѣлому обществу. Законы перваго охраняютъ опредѣленныя права отдѣльныхъ лицъ; законы второго опредѣляютъ отношенія, неимѣющія опредѣленнаго субъекта и, потому, осуществленіе ихъ выпадаетъ на долю управленія.

---

[1]) Funke. Gottlob. Die Verwaltung in ihrem Verhältniss zur Justiz, die Grenzlinie zwischen beiden und Verwaltungsjustiz. Zwickau. 1837.

Сообразно различію содержанія тѣхъ и другихъ законовъ, различенъ и характеръ нарушенія ихъ. Въ первомъ случаѣ, нарушеніе направляется противъ опредѣленнаго права, опредѣленнаго же субъекта, а потому вопросъ идетъ объ опредѣленіи границъ даннаго права и возстановленія ихъ. Во второмъ—нарушеніе, не будучи направлено противъ опредѣленнаго права или опредѣленнаго субъекта, является въ формѣ нарушенія общаго порядка и, потому, вопросъ можетъ идти только о правомѣрности примѣненія закона.

Какія же изъ этихъ нарушеній относятся къ вѣдѣнію суда?

Никто не усомнится, что нарушенія перваго рода должны составлять предметъ собственно судебнаго разбирательства, задачу котораго и составляетъ охрана правъ отдѣльныхъ субъектовъ. Но нельзя того же сказать относительно нарушеній второго рода. Конечно и споры по осуществленію законовъ, установляющихъ не отдѣльныя права, а только общія нормы, должны вести къ судебному разбирательству, когда возбуждаетъ сомнѣніе *справедливо ли* совершается извѣстное дѣйствіе, или требуется-ли его совершеніе (S. 42, 77). Но такъ какъ осуществленія такихъ законовъ принадлежитъ администраціи, то рѣшеніе о справедливомъ ихъ осуществленіи будетъ, необходимо, судомъ надъ администраціей. Если же судъ и администрація должны быть отдѣлены другъ отъ друга, то они, какъ функціи одной и той же государственной власти, должны стоять рядомъ, и потому нельзя допустить, чтобы судъ надъ дѣйствіями управленія принадлежалъ судебнымъ органамъ.

Установивъ общее разграниченіе суда и управленія, Функе затѣмъ разсматриваетъ, въ частности, отношенія управленія къ гражданскому суду, къ уголовному суду и къ разрѣшенію судами вопросовъ о вознагражденіи за экспропріированныя права.

Гражданскому суду, прежде всего, принадлежитъ вся область частнаго права, т. е. права семейныя, вещныя, обязательственныя.

Но судебное разбирательство имѣетъ мѣсто только тогда, когда предметъ спора и есть само частное право, а не вообще, когда споръ только касается частнаго права. Если же споръ прямо идетъ о частномъ правѣ, то особенности сторонъ безразличны. Но поссесорная защита противъ государственной власти не допускается.

Изъ публичныхъ правъ принадлежатъ гражданскому суду только такія, которыя основаны на частномъ титулѣ, какъ въ отношеніи государственной власти, напр. право на содержаніе, такъ и въ отношеніи къ третьимъ лицамъ, напр. по общей обязанности строить дорогу, исключительныя привилегіи. Но подъ титуломъ нельзя разумѣть признанія (Zusicherung) права со стороны государственной или общинной даже власти, какъ таковой, или рѣшеніе административныхъ органовъ.

Въ опредѣленіи границъ уголовнаго суда и администраціи, Функе

отправляется отъ различенія, согласно своимъ основнымъ положеніямъ, нарушенія правъ и законнаго порядка. Только перваго рода нарушенія составляютъ предметъ уголовно-судебнаго разбирательства. Наконецъ, по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи правъ судебнымъ порядкомъ, рѣшается только вопросъ о наличности и цѣнности даннаго права, но не о необходимости его отчужденія.

Таково разграниченіе сферъ судебной дѣятельности и управленія. Но мы видѣли, что и въ сферѣ управленія Функе допускаетъ сужденіе о справедливости. Это и служитъ общимъ основаніемъ для различія административно-судныхъ и чисто административныхъ дѣлъ. Административно-судное дѣло имѣется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ о правомѣрности дѣйствій (Verfügungen) администраціи и именно—о предоставленіи (Ertheilung), признаніи (Anerkennung), лишеніи или осуществленіи какого-нибудь права, непредоставленнаго усмотрѣнію (Ermessen) администраціи. Наличность же сторонъ безразлична и администрація возбуждаетъ дѣло ex officio.

Однако, Функе признаетъ, что на практикѣ примѣненіе его взглядовъ приведетъ къ большимъ неудобствамъ, такъ какъ нарушеніе законовъ и правъ могутъ совпадать и не легко различимы. На практикѣ приходится расширить компетенцію управленія за предѣлы того, что требуется въ этомъ отношеніи теоріей.

Такъ, онъ полагаетъ, слѣдуетъ предоставить вѣдѣнію администраціи слѣдующія собственно судебныя дѣла (Justizsachen): 1) мелкія *право*нарушенія, 2) обсужденіе встрѣчающихся въ административныхъ дѣлахъ особенныхъ титуловъ правъ и 3) рѣшеніе такихъ гражданскихъ дѣлъ, которыя находятся въ ближайшей связи съ полицейскими мѣрами, каковы споры объ обязанности родителей содержать дѣтей, ссоры между господами и слугами, мастерами и учениками, заводохозяевами и рабочими и проч. Поэтому къ административно-суднымъ дѣламъ относятся, кромѣ указанныхъ выше, еще тѣ судебныя дѣла, которыя предоставлены вѣдѣнію администраціи и иногда ихъ только и разумѣютъ подъ этимъ именемъ.

Авторъ анонимнаго изслѣдованія о раздѣленіи юстиціи и администраціи, Отто Кунъ [1]), является представителемъ второго направленія. Различіе юстиціи и администраціи онъ сводитъ къ самой идеѣ государства, въ которой заключается и *идея права*—ее осуществляетъ юстиція, и *идея нравственности*, осуществляемая администраціей. Содержаніе идеи права составляетъ свобода воли всѣхъ индивидовъ, идея нравственности заключается въ достиженіи высшаго назначенія человѣка, выс-

[1]) (Kuhn) Die Trennung der Justiz und Administration. Ein Beitrag zur Staatsphilosophie und zum positiven deutschen Staatsrechte. Leipzig. 1840.

щее развитіе его религіозныхъ, нравственныхъ, умственныхъ и тѣлесныхъ способностей и задатковъ. Юстиція имѣетъ, поэтому, въ виду индивида; администрація—цѣлое.

Такъ какъ свобода воли есть идея права, а право—осуществленіе этой свободы, то всякое право предполагаетъ себѣ субъекта, надѣленнаго свободной волей. Поэтому право можетъ принадлежать лицу, только какъ свободному, самостоятельному существу, а не какъ части какого-нибудь другого существа, имъ обусловленной. Существо права въ субъективномъ смыслѣ заключается въ томъ, что его осуществленіе зависитъ только и исключительно отъ воли управомоченнаго и, слѣдовательно, независимо отъ воли другихъ, хотя бы и государства. Но такую самостоятельность, самоопредѣляемость человѣкъ сохраняетъ только въ отношеніяхъ простого сосуществованія, коэкзистенціи. Тамъ же, гдѣ люди соединяются въ общество, имѣющее высшую идею или цѣль, каковы—церковь, община, государство, самостоятельность индивида подчиняется этой высшей цѣли.

Цѣль государства, какъ общества, не можетъ заключаться въ поддержкѣ и охраненіи отношеній коэкзистенціи уже потому, что существованіе не есть само по себѣ благо. Цѣль государства иная, болѣе высокая. Но все же охрана сосуществованія есть conditio sine qua non достиженія всѣхъ мыслимыхъ цѣлей общежитія. Поэтому дѣятельность государственной власти направляется частью на удовлетвореніе этого основного условія, частью на достиженіе другихъ цѣлей. Законы, служащіе осуществленію первой задачи, суть юридическіе, Rechtsgesetze; служащіе осуществленію второй—политическіе. Только юридическіе законы предоставляютъ индивидамъ права, такъ какъ они только нормируютъ внѣшнюю свободу человѣка. Въ политическихъ законахъ отдѣльное лицо разсматривается не какъ самостоятельное, а какъ часть общества. Они имѣютъ въ виду не охрану частныхъ цѣлей, а содѣйствіе общей цѣли, общему благу, осуществленіе не индивидуальной воли, а общей. Для того, чтобы частныя стремленія гражданъ не превысили общаго, должна необходимо существовать власть, могущая осуществить принужденіе противъ отдѣльныхъ лицъ. Но сама государственная власть, какъ суверенная, стоитъ выше всякаго принужденія и потому гражданинъ не можетъ имѣть никакихъ вынуждаемыхъ, или что то же, совершенныхъ юридическихъ правъ.

Но и администрація, осуществляя нравственную идею, можетъ приходить въ столкновеніе съ волей частныхъ лицъ, противящихся ей, и потому возникаетъ вопросъ о томъ, не нарушается-ли въ томъ или другомъ случаѣ дѣйствіемъ администраціи индивидуальная свобода, составляющая содержаніе права. Но было бы крайне ошибочно выводить отсюда, что всѣ такіе случаи подлежатъ вѣдѣнію юстиціи и, слѣдовательно,

должны быть разрѣшаемы исключительно по началамъ права. Вопросъ о томъ, насколько въ этихъ случаяхъ допустимо стѣсненіе индивидуальной свободы, другими словами—насколько осуществима въ нихъ идея справедливости, связанъ неразрывно съ вопросомъ о томъ, насколько осуществима въ нихъ идея нравственности. Но юстиція вообще некомпетентна судить о степени осуществимости нравственной идеи. Это дѣло исключительной компетенціи администраціи. Правда, можно возразить на это, что такъ какъ и наоборотъ вопросъ о степени осуществимости нравственной идеи въ такихъ случаяхъ представляется связаннымъ съ вопросомъ объ осуществимости идеи права, и такъ какъ о послѣдней судитъ не администрація, а юстиція, то ни та, ни другая не могутъ быть признаны компетентной. Но дѣло въ томъ, что юстиція имѣетъ въ виду только и исключительно право, между тѣмъ администрація, при осуществленіи своей задачи, задачи относительной, измѣнчивой, не безусловной, можетъ обращать вниманіе и на идею права, и даже должна это дѣлать, потому что охраненіе коэкзистенціи людей есть необходимое условіе для осуществленія нравственной идеи, но не наоборотъ.

Такимъ образомъ дѣла этого рода относятся къ компетенціи администраціи и составляютъ т. н. спорныя дѣла управленія (streitige Verwaltungssache). Условіемъ спорнаго дѣла Кунъ ставитъ то, чтобы жалобщикъ ссылался на какой нибудь *особенный* интересъ. Иначе отъ произвола частныхъ лицъ зависѣло бы всякое дѣло превратить въ спорное.

Всѣ изложенныя нами до сихъ поръ теоріи административной юстиціи опираются на французскую теорію, въ ея незаконченномъ видѣ, въ первой стадіи ея развитія. Нѣмецкимъ писателямъ разсмотрѣнной нами группы не было извѣстно выставленное Шово Адольфомъ и развитое Вивьеномъ противоположеніе интереса и права. Матеріаломъ, представляемымъ ученіями этихъ писателей, воспользовался впервые *Лоренцъ Штейнъ*. Но онъ не только отправляется отъ болѣе новой редакціи французскаго ученія объ административной юстиціи, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ существенно измѣняетъ и теоретическое обоснованіе этого ученія. И у него основаніемъ остается принципъ раздѣленія властей, но не судебной и исполнительной, а законодательной и исполнительной. Притомъ раздѣленіе этихъ властей является у него основаніемъ существованія особаго административнаго иска лишь чрезъ посредство различія закона, какъ функціи законодательней власти, и указа (Verordnung), какъ функціи власти исполнительной.

Воззрѣнія Штейна сложились не сразу и высказанное имъ въ первомъ изданіи Verwaltungslehre (1865) значительно отличается отъ того взгляда, на которомъ онъ остановился во второмъ (1869); а въ напечатанной имъ въ 1879 году журнальной статьѣ дается опять новое видоизмѣненіе его теоріи. Въ виду того значенія, какое имѣетъ теорія

Штейна, я позволю себѣ изложить ее въ трехъ послѣдовательныхъ формахъ ея развитія.

Основнымъ различіемъ двухъ изданій, по отношенію къ занимающему насъ вопросу, является различіе во взглядѣ на существо и значеніе распоряженія—Verordnung. Первоначально Штейнъ полагалъ, что существо распоряженія, которое онъ тогда еще не отличалъ отъ приказовъ (Verfügungen) заключается въ томъ, что оно не создаетъ объективнаго права, а только содержитъ предписанія органамъ исполненія для ихъ дѣятельности. Источникомъ объективнаго права служитъ только законодательство. Но въ своемъ проявленіи распорядительная власть можетъ приходить въ столкновеніе, противорѣчіе съ объективнымъ правомъ и, притомъ, или съ законодательствомъ вообще, какъ его источникомъ, или съ правами отдѣльныхъ гражданъ. Перваго рода столкновенія порождаютъ министерскую отвѣтственность; второго рода—право административныхъ исковъ и жалобъ [1]).

Гражданинъ можетъ находить, что распоряженіе, указъ, противорѣчатъ закону, или же только волѣ правительства, указу. Въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто право иска, во второмъ—жалоба.

Искъ, въ общепризнанномъ значеніи слова, можетъ только тамъ имѣть мѣсто, гдѣ нарушается закономъ признанное право, слѣд. и въ частности, когда такое право нарушается распоряженіемъ, указомъ. Но въ такомъ случаѣ искъ представляетъ свои особенности, которыя даютъ основаніе назвать его особымъ именемъ—административный искъ.

Административный искъ не имѣетъ мѣста тамъ, гдѣ государство дѣйствуетъ какъ частное лицо, какъ фискъ. Административный искъ охраняетъ права частныхъ лицъ лишь противъ указа, распоряженія—слѣдовательно, акта правительственной власти.

Административно-исковое право возможно, во первыхъ, только подъ условіемъ яснаго и признаннаго разграниченія между закономъ и указомъ. Иначе законъ и указъ, какъ проявленіе одной и той же воли, не могутъ приходить въ столкновеніе между собой, такъ какъ новѣйшее постановленіе всегда отмѣняетъ позднѣйшее. Другими словами — нѣтъ административно-исковаго права безъ конституціи. Во-вторыхъ, административный искъ имѣетъ мѣсто лишь тамъ, гдѣ имѣется законъ, опредѣляющій данное право. Если какое отношеніе за недостаткомъ закона опредѣляется указомъ, искъ не можетъ имѣть мѣста. Наконецъ, въ третьихъ, требуется, чтобы правонарушеніе дѣйствительно совершилось, а не угрожало только.

Административному иску соотвѣтствуетъ особая форма гражданскаго

---

[1]) Stein, Verwaltungslehre, 1, Stuttgart 1865, S. 47.

процесса—административный процессъ, представляющій слѣдующія особенности:

1) Основаніемъ иска служитъ положеніе, что дѣйствіе, нарушающее законное право, согласно съ указомъ; иначе имѣетъ мѣсто лишь личная отвѣтственность агента.

2) Предметомъ иска не можетъ быть требованіе уничтоженія силы указа, а только требованіе признанія ничтожнымъ частнаго дѣйствія администраціи или вознагражденія за причиненный имъ убытокъ.

3) По правилу, административный процессъ есть суммарный.

4) Предъявленіе иска не освобождаетъ истца до судебнаго рѣшенія отъ исполненія оспариваемыхъ требованій администраціи.

5) Слѣдуетъ требовать, чтобы до начатія иска было предъявлено возраженіе самой администраціи.

6) Приговоръ не касается самаго указа и вопроса о томъ, насколько администрація дѣйствуетъ согласно съ видами правительства.

7) Приговоръ не порождаетъ для третьихъ лицъ правъ не исполнять указа.

8) Ни даже для самаго истца по поводу вторичнаго требованія администраціи, основывающагося на томъ-же указѣ.

9) Если правонарушительное дѣйствіе установило длящееся состояніе и администрація послѣ приговора не прекращаетъ его, истецъ не можетъ самовольно его прекратить.

Право жалобы основывается на противорѣчіи частнаго указа общему, или приказа указу, или отдѣльной исполнительной мѣры (Handlung) указу или приказу.

Для воли исполнительной власти существуетъ одна только граница—законъ; въ предѣлахъ его она совершенно свободна и можетъ измѣняться каждую данную минуту. Исполнительная власть *не связана никогда собственной волей* и, потому, можетъ признать согласной съ своей волей и такую отдѣльную мѣру, которая находится въ самомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ общимъ указомъ. Это также несомнѣнно, какъ и то, что законодательная власть обладаетъ тѣмъ-же правомъ въ отношеніи къ закочамъ.

Отсюда слѣдуетъ, что *никакой указъ не даетъ частному лицу права на то, чтобы правительство признавало въ отношеніи къ нему этотъ указъ, какъ дѣйствительную свою волю.* Не можетъ быть, поэтому, и рѣчи о правѣ частнаго лица на опредѣленный порядокъ, способъ (Gestalt) исполненія.

Такъ-какъ исполнительная власть вольна измѣнять свою волю, то жалоба на несогласіе одного выраженія этой воли съ другимъ не можетъ подлежать разсмотрѣнію суда, а можетъ быть разсмотрѣна только высшимъ правительственнымъ мѣстомъ.

Однако, тѣмъ не менѣе, можно говорить не только о жалобѣ, но и

о правѣ жалобы, ибо жалоба такая составляетъ гарантію того, что каждое стѣсненіе отдѣльныхъ лицъ со стороны органовъ исполнительной власти есть дѣйствительно проявленіе *исполненія*.

Каждая отдѣльная административная мѣра можетъ не согласоваться съ волею правительства двоякимъ образомъ: во-первыхъ, она можетъ сама покоиться на искаженіи этой воли; во-вторыхъ, она можетъ основываться и на вѣрномъ пониманіи этой воли, но въ силу особыхъ, непреусмотрѣнныхъ фактическихъ обстоятельствъ, производитъ въ результатѣ несогласное съ этой волей. Въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто *жалоба*, Beschwerde; во второмъ просьба—Gesuch.

Въ обоихъ случаяхъ дѣло рѣшается не судомъ, а высшимъ начальствомъ—исполнительной властью, которая одна компетентна признать наличность дѣйствительнаго несогласія съ ея волей и степень его.

Ни жалобы, ни просьбы, по самой природѣ своей, не допускаютъ процессуальныхъ формъ. При нихъ вопросъ идетъ вообще не о правахъ, а объ интересахъ, и потому рѣшеніе ничѣмъ не связано. Но разъ постановленное по жалобѣ или просьбѣ рѣшеніе порождаетъ для жалобщика или просителя уже пріобрѣтенное право, ибо исполнительная власть не можетъ сама *себѣ противорѣчить въ одномъ и томъ-же частномъ случаѣ*.

Въ отношеніи къ праву жалобы, нѣтъ собственно процесса, а только порядокъ, система органовъ, рѣшающихъ жалобы и просьбы.

Ученіе Штейна, какъ оно имъ изложено въ первомъ изданіи, представляется безспорно весьма опредѣленнымъ, яснымъ и послѣдовательно проведеннымъ. Противорѣчіе указа съ закономъ даетъ мѣсто административному иску; противорѣчіе приказа указу—жалобѣ. Таковы совершенно ясныя опредѣленія перваго изданія, съ строгой послѣдовательностью проводимыя чрезъ все изложеніе. Но опредѣленія эти опираются на весьма сомнительное положеніе, будто-бы указы не могутъ создавать правъ, будто они не суть юридическія нормы. Самъ Штейнъ отвергаетъ это положеніе во второмъ изданіи, признавая, что, при извѣстныхъ, условіяхъ, указъ имѣетъ силу закона и слѣдовательно создаетъ права. Такой взглядъ нельзя не признать болѣе правильнымъ. Но онъ подрываетъ въ основѣ все ученіе Штейна о различіи административныхъ иска и жалобы. Если указъ не создаетъ правъ, то приказъ, противорѣчающій только указу, а не закону, дѣйствительно можетъ создать только интересы, а не права. Но разъ и указъ, подобно закону, создаетъ право, между приказомъ, несогласнымъ съ закономъ и приказомъ, несогласнымъ съ указомъ, нѣтъ въ этомъ отношеніи различія. И тотъ и другой можетъ нарушать права.

Между тѣмъ Штейнъ и въ новомъ изданіи силится удержать прежнее ученіе о различіи иска и жалобы, кое какъ приноравливая его къ новому

своему взгляду на юридическую природу указа. Поправки, вносимыя имъ ради этого, только лишаютъ изложеніе прежней послѣдовательности, опредѣленности, ясности, не устраняя, конечно, проявляющагося въ самомъ основаніи противорѣчія стараго и новаго воззрѣнія на указъ.

Опредѣляя въ новомъ изданіи понятіе административной жалобы, Штейнъ говоритъ, что она имѣетъ мѣсто лишь при несогласіи приказа съ указомъ, выражающемся *въ существѣ и духѣ приказа* (in dem Wesen und Geiste der Verfügung). Если-же несогласіе *формальное*, то имѣетъ мѣсто не жалоба, а искъ [1]). Въ чемъ заключается различіе формальнаго несогласія, и несогласія, выражающагося въ существѣ и духѣ приказа, Штейнъ не объясняетъ и не приводитъ даже поясняющихъ примѣровъ. А въ дальнѣйшемъ изложеніи дѣло еще болѣе затемняется, такъ какъ онъ постоянно сбивается на старое различіе иска и жалобы, какъ-бы забывая о внесенномъ видоизмѣненіи. Именно: въ изложеніи ученія объ административной жалобѣ и въ новомъ изданіи говорится, что административный искъ всегда предполагаетъ несогласіе указа съ закономъ, что исполнительная власть можетъ свободно отмѣнять и измѣнять свои указы [2]), что никакой указъ не порождаетъ для индивида права требовать соблюденія этого указа со стороны власти [3]). Съ другой стороны, тутъ-же основаніемъ жалобъ признается несогласіе не только съ духомъ и существомъ указа, но также и съ духомъ закона [4]). Выходитъ, слѣдовательно, что когда приказъ противорѣчитъ только общему духу, указа или закона все—равно, можетъ имѣть мѣсто только жалоба, а не искъ; другими словами, въ новой редакціи ученія Штейна, различіе указа и закона теряетъ всякое значеніе для различія иска и жалобъ. Все дѣло сводится къ формальному и неформальному несогласію, а съ чѣмъ—это все равно. Однако Штейнъ тутъ-же продолжаетъ утверждать, что разъединеніе указа и закона, исполнительной и законодательной власти, есть необходимое условіе существованія различія административнаго иска и жалобы. Но если ужъ вообще возможно, хотя-бы съ нѣкоторою опредѣленностью, различить «формальное несогласіе» и «несогласіе съ духомъ», то такое, конечно, одинаково возможно и въ конституціонномъ государствѣ и въ абсолют-

---

[1]) Die Vollziehende Gewalt. 1869. B. I. S. 371.

[2]) Die vollziehende Gewalt, um ihre grosse Funktion zu erfüllen, das unbezweifelte Recht haben musz je nach Einsicht und Ermessen öffentlicher Bedürfnisse ihre Verordnungen mit durchaus freier Entschliessung aufzuheben und zu ändern. ibid. 384.

[3]) Kein ausgesprochener Wille der Regierung, keine Verordnung gibt einem Einzelnen ein Recht darauf, dasz die Regierung diese Verordnung ihm gegenüber, als dauernden Inhalt ihres Willens anerkenne. ibid. 385.

[4]) Beschwerde und Gesuch haben die Aufgabe, die Verfügung und den Zwang nicht mehr mit dem formellen Rechte, sondern mit dem Geist der Gesetze und Verordnungen in Harmonie zu bringen. ibid. 384.

номъ; и тамъ, гдѣ указъ и законъ различаются и тамъ, гдѣ такого различія не существуетъ. Штейнъ не рѣшился прямо признать этого. Все отличіе его теоріи отъ французской только въ этомъ обоснованіи различія иска и жалобы, различіемъ закона и указа. Устраните эту особенность и все сведется опять къ тому, на чемъ стоятъ Шово Адольфъ и Вивьенъ. Сказать, что нарушеніе права имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда приказъ «формально» несогласенъ съ закономъ или указомъ, а нарушеніе интереса—когда онъ несогласенъ только съ ихъ духомъ, не значитъ еще выяснить различіе права и интереса. Такія туманныя фразы не объясняютъ дѣла, а только прикрываютъ недостатокъ настоящаго объясненія.

Штейнъ, впрочемъ, и самъ не остановился на этомъ. Въ 1879 году, слѣдовательно уже послѣ организаціи административныхъ судовъ въ Австріи и въ Пруссіи, онъ помѣстилъ въ журналѣ Грюнгута статью «Правовое государство и административная юстиція» [1]). Въ ней дается новая и весьма любопытная попытка разграничить искъ и жалобу въ духѣ общаго воззрѣнія Штейна на организмъ исполнительной власти. Для этого онъ пользуется установленнымъ имъ ранѣе различіемъ трехъ формъ дѣятельности исполнительной власти. указъ (Verordnung) приказъ (Verfügung) и принужденіе (Zwang). Изданіе указовъ даетъ поводъ къ министерской отвѣтственности, изданіе приказовъ—къ административному иску, а мѣры принужденія—къ административной жалобѣ.

Принужденіе является только средствомъ осуществленія предписываемыхъ приказомъ мѣръ. Насколько оно цѣлесообразно, исполнительная власть имѣетъ на него право. Но тамъ, гдѣ исполненіе затрогиваетъ сферу индивидуальной жизни, самое цѣлесообразное есть то, что приводитъ къ осуществленію общественнаго интереса при наименьшемъ стѣсненіи частныхъ интересовъ. Частное лицо можетъ требовать, чтобы это условіе было соблюдено, чтобы его интересы не стѣснялись принужденіемъ болѣе того, какъ этого требуетъ осуществленіе общественнаго интереса. Но вопросъ тутъ не о правѣ, а только объ интересѣ, не правомѣрности дѣйствія администраціи, а только о цѣлесообразности. Рѣшить его не можетъ судъ, во-первыхъ потому, что ни чѣмъ не обезпечивается пониманіе судомъ условій цѣлесообразности, во-вторыхъ потому, что судъ не обладаетъ властью признанное цѣлесообразнымъ привесть въ исполненіе. Рѣшеніе вопроса о цѣлесообразности принужденія поэтому можетъ принадлежать только высшимъ административнымъ органамъ и частному лицу, интересъ котораго излишне стѣсненъ способомъ принужденія, можетъ принадлежать только право жалобы. Приказъ опредѣляетъ, что дѣлать администраціи въ данномъ случаѣ и потому

---

[1]) Grünhut's Zeitshrift VI Band, 1 Heft 1879, S. 29 und fl. «Rechtsstaat und Verwaltungrechtspflege».

онъ можетъ нарушить право, быть неправомѣрнымъ. Принужденіе, какъ осуществленіе предписаннаго приказомъ, само по себѣ можетъ быть только не цѣлесообразнымъ и потому нарушаетъ только интересъ [1]).

Эта послѣдняя редакція опредѣленія понятія административной жалобы вновь возвращаетъ ученію Штейна его первоначальную опредѣленность и послѣдовательность. Весьма стройнымъ представляется это соотвѣтствіе различія указа, приказа и принужденія, различію министерской отвѣтственности, административнаго иска и административной жалобы. Тремъ формамъ дѣйствія администраціи точно соотвѣтствуютъ три различныя формы отвѣтственности ея органовъ. Но пріурочивая административную жалобу къ мѣрамъ принужденія, Штейнъ этимъ совершенно произвольно съуживаетъ сферу примѣненія жалобы. Развѣ вопросы цѣлесообразности могутъ возникать только по поводу мѣръ принужденія? Развѣ приказъ не можетъ быть обсуждаемъ точно также съ точки зрѣнія цѣлесообразности?

Едва-ли я ошибусь, объясняя новое опредѣленіе понятія административной жалобы, какого теперь держится Штейнъ, непосредственнымъ вліяніемъ прусскаго закона, опредѣляющаго предѣлы вѣдомства административныхъ судовъ, закона, къ которому Штейнъ въ этой самой статьѣ относится весьма критически. Законъ этотъ, принимающій вообще систему казуистическаго перечисленія, въ отношеніи къ обжалованію полицейскихъ мѣръ принужденія, даетъ принципіальное опредѣленіе. Каждое полицейское распоряженіе можетъ быть обжаловано въ административный судъ и въ частности даже тогда, когда лицо жалуется только на несоблюденіе должной мѣры принужденія. Это особенная постановка обжалованія полицейскихъ мѣръ, надо думать, и навела Штейна на мысль ограничить понятіе административной жалобы обжалованіемъ однѣхъ только мѣръ принужденія.

Прослѣдивъ послѣдовательныя измѣненія въ воззрѣніяхъ Штейна на разграниченіе иска и жалобы, мы этимъ самымъ показали, какъ это разграниченіе является у него шаткимъ и колеблющимся, какъ самъ онъ не можетъ никакъ найти окончательнаго опредѣленія административной жалобы, оставаясь на почвѣ созданной имъ теоріи. Нетрудно показать, что и понятіе административнаго иска, въ отличіе отъ гражданскаго, имѣетъ у него столь же ненадежное основаніе.

Исходнымъ пунктомъ всей теоріи служитъ, какъ мы видѣли, противоположеніе закона и указа. Вся особенность административнаго иска для Штейна заключается въ томъ, что онъ имѣетъ своимъ предположеніемъ такое нарушеніе *закона*, которое согласно съ *указомъ*. Иначе, имѣетъ мѣсто не адмистративный искъ, а личная гражданская или уго-

[1]) L. c. S. 67—70.

ловная отвѣтственность должностного лица. Отсюда неизбѣжный выводъ, что если по какому-либо вопросу имѣются только законодательныя постановленія, а указа нѣтъ, то административный искъ не возможенъ, и въ случаѣ нарушенія этихъ законодательныхъ постановленій административнымъ актомъ, можетъ имѣть мѣсто только личная отвѣтственность должностныхъ лицъ. Но это рѣшительная несообразность. Если бы такъ, то отъ исполнительной власти зависѣло сдѣлать вовсе невозможнымъ существованіе административныхъ исковъ. Стоило бы только не издавать указовъ или, по крайней мѣрѣ, не обнародывать ихъ. Да и въ дѣйствительности существованіе на ряду съ закономъ и указа, относящагося къ тому же самому предмету, есть дѣло чистой случайности, немогущей вліять на измѣненіе юридической природы административныхъ актовъ. Существованіе или отсутствіе такого указа зависитъ отъ того, насколько подробенъ законъ; съумѣла-ли администрація выработать и формулировать общіе руководящіе принципы для исполненія даннаго закона, находитъ-ли она удобнымъ указать подчиненнымъ органамъ способъ пониманія и порядокъ исполненія закона или предоставляетъ это ихъ собственному усмотрѣнію; даетъ-ли она имъ напередъ общія правила или предпочитаетъ руководить ихъ, отъ случая къ случаю, отдѣльными приказами. Все это такія условія, которыя не имѣютъ никакого отношенія къ юридической природѣ дѣйствій, совершаемыхъ подчиненными органами администраціи. Совершенно невозможно утверждать, чтобы отсутствіе по данному предмету, на ряду съ закономъ, указа, дѣлало должностныхъ лицъ лично отвѣтственными предъ частными лицами за всѣ совершаемыя ими дѣйствія.

Все дѣло въ томъ, что Штейнъ строитъ свою теорію слишкомъ отвлеченно. Установивъ разъ различіе закона, указа и приказа, онъ затѣмъ вездѣ разсуждаетъ такъ, какъ будто по всякому частному вопросу воля государства проявляется во всѣхъ этихъ трехъ формахъ. Въ дѣйствительности же такое, такъ сказать членораздѣльное, проявленіе воли государства, находитъ себѣ примѣненіе лишь въ болѣе сложныхъ вопросахъ. Во многихъ же болѣе простыхъ дѣлахъ имѣется или одинъ законъ, дѣлающій по своей простотѣ и опредѣлительности совершенно излишнимъ изданіе указа, или же наоборотъ—одинъ только указъ, получающій силу закона. Объ этихъ случаяхъ Штейнъ словно забываетъ, а въ примѣненіи къ нимъ его опредѣленіе понятія административнаго иска сводится къ очевидной несообразности. Если бы Штейнъ разсуждалъ менѣе отвлеченно, еслибъ онъ иллюстрировалъ свое изложеніе конкретными случаями, эта несообразность не могла бы не обнаружиться и была бы конечно и имъ самимъ замѣчена.

II.

Французская теорія, основывающая понятіе административной юстиціи на идеѣ раздѣленія властей, оказалась несостоятельной, какъ въ своемъ оригинальномъ видѣ, такъ и къ нѣмецкихъ ея переработкахъ. Таковъ результатъ, къ которому мы пришли выше. Намъ предстоитъ теперь ознакомиться съ новой и своеобразной теоріей административной юстиціи, самостоятельно выработанной новѣйшей нѣмецкой литературой по государственному праву. Теорія эта, какъ мы уже указывали, основываетъ понятіе административной юстиціи на противоположеніи частному праву, какъ объекту гражданской юстиціи, права публичнаго. Какъ въ своемъ основаніи, такъ и въ своихъ выводахъ, она представляетъ существенныя отличія отъ теоріи французской. Стоитъ указать хотя бы на отношеніе двухъ этихъ теорій къ правамъ администраціи и гражданъ и къ вопросамъ административной централизаціи и самоуправленія.

По французской теоріи, существованіе административной юстиціи требуется *въ интересахъ административной власти*, ради того, чтобы она не подчинялась суду, чтобы предоставить ей большій просторъ, большую свободу. Административная юстиція — это привилегія администраціи и, вмѣстѣ съ тѣмъ, стѣсненіе правъ суда, а слѣдовательно и гражданъ. Нѣмецкая теорія ставитъ вопросъ совсѣмъ иначе. Для нея административная юстиція есть усиленіе контроля надъ администраціей, расширеніе судебнаго контроля на обширную область публичнаго права, невходящую въ среду компетенціи гражданскихъ судовъ, вооруженіе, такъ сказать, и публичныхъ правъ гражданъ искомъ.

Поэтому прежде административная юстиція признавалась порожденіемъ деспотизма, ея развитіе—признакомъ реакціи; теперь организація административной юстиціи входитъ въ программу либеральной партіи. Поэтому, прежде весь интересъ вопроса сосредоточивался на разграниченіи гражданскихъ судовъ и административныхъ; передвиженіе этой границы въ ту или другую сторону и составляло содержаніе всей старой литературы. Теперь этотъ вопросъ, какъ порѣшенный въ принципѣ, сданъ въ архивъ. Теперь всѣми признается, что природа частно-правоваго отношенія не можетъ измѣняться отъ участія въ немъ власти, какъ носительницы гражданскихъ правъ; въ административной юстиціи видятъ теперь не юстицію администраторовъ, а юстицію управленія. Разграниченіе по качеству субъектовъ замѣнилось разграниченіемъ по роду дѣлъ и, потому, существованіе административнаго суда, въ современномъ его пониманіи, нисколько не грозитъ умаленіемъ компетенціи гражданскаго суда. Но за то теперь съ особой силой выступаетъ другой вопросъ и составляющій главный предметъ разногла-

сій между современными изслѣдователями административнаго права—вопросъ о разграниченіи административной юстиціи и чистой, активной администраціи, административнаго иска и административной жалобы.

Французская теорія административной юстиціи, видящая въ ней условіе свободы и независимости административной власти, какъ представительницы извѣстной политической идеи, проводящей ее въ жизнь общества, оберегающей ея господство надъ всѣми частными интересами, естественно связываетъ административную юстицію съ системой административной централизаціи и опеки. Только такая, централизованная до крайности и все опекающая администрація, живое воплощеніе «единаго и нераздѣльнаго народнаго верховенства», подчиняя всѣхъ и вся этому высшему принципу государственной жизни, можетъ требовать и получить такую широкую независимость, чтобы быть сама себѣ судьей въ своихъ дѣлахъ. Все опекая, администрація все и подчиняетъ себѣ [1]). Но замѣните эту систему децентрализаціей, самоуправленіемъ, и такая постановка дѣла окажется невозможной. Община, округъ, провинція, сами представители мѣстныхъ, слѣдовательно, частныхъ интересовъ, они сами могутъ въ своей дѣятельности, въ своихъ стремленіяхъ придти въ столкновеніе съ внѣшней политической идеей. Органы самоуправленія не могутъ, поэтому, притязать на такое же независимое положеніе, какъ органъ централизованной общегосударственной администраціи. Они просто слишкомъ мелко плаваютъ для этого. Уже самое существованіе нѣсколько самоуправляющихся единицъ дѣлаетъ необходимымъ *надзоръ* за ними; центральная администрація, напротивъ, сама осуществляетъ власть надзора. Такимъ образомъ, французская теорія, въ послѣдовательномъ ея развитіи, приводитъ къ признанію несовмѣстимости административной юстиціи и самоуправленія [2]).

Съ точки зрѣнія новой, нѣмецкой теоріи, самоуправленіе, напротивъ, служитъ преимущественной, главной сферой примѣненія административно-судебнаго контроля. При широкомъ развитіи самоуправленія, функціи центральной администраціи ограничиваются общими политическими вопросами. Всѣ частныя задачи, подробности управленія, переходятъ къ органамъ самоуправленія. Поэтому органамъ центральной администраціи сравнительно рѣдко приходится сталкиваться съ правами и интересами частныхъ лицъ. Необходимый же контроль надъ дѣятельностью этихъ органовъ достигается для низшихъ органовъ посредствомъ административнаго надзора, такъ какъ центральная администрація всегда организуется

[1]) Stein, Die vollziehende Gewalt. 1869, S. 417.

[2]) Такъ и смотритъ на дѣло R. Dareste, La justice adm., 1862, p. 681: S'il y a des peuples qui peuvent se passez d'une justice administrative, ce sont les peuples qui se gouvernent eux-mêmes et font eux mêmes ses affaires... и подробное развитіе этой мысли на стр. 682.

по началамъ строгаго іерархическаго подчиненія; для высшихъ—посредствомъ организаціи министерской отвѣтственности, такъ какъ въ вопросахъ высшей политики единственно компетентной является власть законодательная.

Въ совершенно иномъ положеніи стоятъ органы самоуправленія. Имѣя дѣло не съ общимъ направленіемъ администраціи, а именно съ частными, конкретными подробностями управленія, съ примѣненіемъ общихъ началъ къ частнымъ случаямъ, они на каждомъ шагу сталкиваются съ частными интересами и правами. Между тѣмъ самое существо самоуправленія не допускаетъ сколько нибудь широкаго примѣненія къ нимъ административнаго надзора, непремѣнно предполагающаго іерархическое подчиненіе, и, слѣдовательно, исключающаго ту самостоятельность, которая составляетъ существенное условіе истиннаго самоуправленія. Оставить же дѣятельность органовъ самоуправленія безконтрольной невозможно, не принося въ жертву имъ права и интересы частныхъ лицъ. Очевидно тутъ необходима такая форма контроля, которая совмѣщается съ извѣстной самостоятельностью, а таковъ именно и есть контроль судебный. И дѣйствительно, новѣйшее германское законодательство всего шире ставитъ административную юстицію именно въ сферѣ дѣятельности органовъ мѣстнаго самоуправленія.

Но эти выводы изъ новаго понятія административной юстиціи были сознаны и формулированы далеко не сразу. Въ первыхъ своихъ проявленіяхъ нѣмецкая теорія административной юстиціи какъ бы не рѣшается послѣдовательно развить свое основное положеніе и постоянно сбивается на положенія старой французской теоріи. Въ первоначальномъ построеніи, какое она получила у своего основателя, нѣмецкая теорія даже имѣла весьма рѣзкую реакціонную окраску. И это не мудрено, такъ какъ основателемъ ея былъ никто иной, какъ извѣстный представитель и истолкователь реакціонныхъ идей—Фр. Ю. Шталь.

Онъ первый основалъ понятіе административной юстиціи на различіи частно-правовыхъ и публично-правовыхъ отношеній и сдѣлалъ это съ свойственнымъ ему умомъ и талантомъ. Когда въ 60-хъ годахъ интересъ къ вопросу объ административной юстиціи снова оживился въ нѣмецкой литературѣ по поводу новой организаціи административныхъ судовъ въ Баденѣ, теорія Шталя сдѣлалась предметомъ внимательнаго изученія. Между тѣмъ какъ остальная литература вопроса тридцатыхъ и сороковыхъ годовъ оказывается уже устарѣлой и забытой, ученіе Шталя сохраняетъ еще къ тому времени весь интересъ современности. Между тѣмъ, въ послѣднемъ, измѣненномъ изданіи книги Шталя, 1854 года, глава, посвященная интересующему насъ вопросу, осталась безъ существенныхъ измѣненій.

Правительство, такъ начинаетъ свое изложеніе Шталь [1]), въ осуществленіи своихъ функцій на каждомъ шагу вторгается въ сферу правъ подданныхъ и при этомъ должно сообразоваться съ закономъ: иначе государство не будетъ правовымъ государствомъ. Кто же долженъ рѣшать споры, которые могутъ при этомъ возникать въ силу жалобъ подданныхъ, что ихъ права стѣснены вопреки закону? Такъ какъ государство есть нравственный организмъ, господствующій надъ индивидами, и включающій ихъ въ себѣ, какъ свои члены, то оно не можетъ подчиняться власти суда. Если бы государственная власть, до совершенія дѣйствій или послѣ того, должна была бы подчинять свои дѣйствія оцѣнкѣ и повѣркѣ суда, государство перестало бы быть дѣйствительно государствомъ, нравственнымъ господствомъ надъ индивидами; его дѣйствія утратили бы характеръ высшаго авторитета и оно осуществляло бы свою власть въ отношеніи къ подданнымъ такъ же, какъ кредиторъ въ отношеніи должниковъ. Въ старое время можно было найти нѣчто подобное. Но и тогда природа государства, какъ высшаго авторитета, не допускала полнаго осуществленія такого порядка вещей. Теперь же съ большимъ сознаніемъ и развитіемъ идеи государственнаго авторитета, подобный порядокъ вещей дѣлается все менѣе и менѣе возможнымъ. Что составляетъ предметъ государственнаго управленія, дѣло государственнаго авторитета, никогда не можетъ стать предметомъ судебнаго разсмотрѣнія, хотя бы при этомъ и затрогивались права подданныхъ. Разграниченіе тутъ основано на слѣдующемъ. Предметъ судебной дѣятельности составляютъ тѣ отношенія, въ которыхъ первая и абсолютная цѣль есть охранять отдѣльныхъ гражданъ въ принадлежащемъ имъ правѣ; сферу управленія составляютъ, напротивъ, тѣ отношенія, главная цѣль которыхъ есть *цѣлое*. Противоположность праву отдѣльнаго гражданина составляетъ не только общее благо, но и *общій порядокъ*, поддержаніе общественнаго строя. Иначе говоря, область суда ограничивается тѣми отношеніями, въ которыхъ внутреннею цѣлью служитъ справедливость. Справедливость, правда, должна быть соблюдаема во всемъ—въ управленіи, какъ и въ судѣ; но тамъ она служитъ только *гранью*, здѣсь же—единственною *цѣлью*. Потому къ юстиціи относится, прежде всего, карательная функція, такъ какъ въ ея осуществленіи справедливость служитъ единственно рѣшающимъ мѣриломъ и неприкосновенность невиннаго въ отношеніи въ уголовной карѣ есть абсолютное право. Что же касается гражданской юстиціи, то ея отграниченіе отъ управленія покоится на различіи *частнаго* и *публичнаго* права. Въ области частнаго права, составляющейся изъ отношеній, служащихъ къ удовлетворенію цѣлей отдѣльныхъ людей,

[1]) Fr. I. Stahl, Die Philosophie des Rechts. II Band. 4 Auflage. Heidelberg. 1870. §§ 173—179, ss. 607—670.

охрана за человѣкомъ его права является цѣлью; напротивъ, въ области публичныхъ отношеній, служащихъ къ установленію надъ людьми нравственнаго господства, къ соединенію ихъ въ одно стройное цѣлое, цѣлью является именно этотъ общій результатъ, а не справедливость, не охраненіе за каждымъ его индивидуальнаго права. При этомъ совершенно безразлично между кѣмъ возникаетъ споръ, хотя бы и между подданными: но если споръ этотъ относится къ публично-правовымъ отношеніямъ, онъ не подлежитъ вѣдѣнію юстиціи. Въ данномъ случаѣ и рѣшеніе спора между отдѣльными подданными имѣетъ цѣлью лишь поддержаніе общаго порядка, соединяющаго индивидовъ въ единый нравственный организмъ. Судъ же всегда имѣетъ дѣло съ отдѣльными притязаніями, съ отдѣльными правами, съ отдѣльными людьми.

Насколько частныя и публичныя отношенія рѣзко отдѣляются другъ отъ друга, разграниченіе компетенцій суда и управленія не представляетъ затрудненій. Но могутъ быть и сомнительные случаи, когда юридическія отношенія имѣютъ двойственный, переходный характеръ. Такъ, напримѣръ, права состоянія относятся одинаково и къ частному, и къ публичному праву, составляя пунктъ, въ которомъ то и другое какъ бы перекрещиваются. Съ одной стороны, права состоянія опредѣляютъ гражданскую правоспособность лица, съ другой—опредѣляютъ также его мѣсто въ цѣломъ государственномъ организмѣ. Подобнаго рода отношенія могутъ быть относимы, смотря по историческимъ условіямъ ихъ развитія, то къ частному, то къ публичному праву. За то права казны всегда и безъ исключеній относятся къ вѣдѣнію юстиціи. Государство какъ казна, есть именно субъектъ частныхъ имущественныхъ правъ. Другое дѣло когда государство взыскиваетъ съ подданныхъ какія-нибудь суммы не какъ казна, а какъ общественная власть. Поэтому взысканіе налоговъ не подлежитъ вѣдѣнію суда. Если же дѣло идетъ только о взысканіи съ государства вознагражденія, хотя бы за вредъ, причиненный его дѣятельностью какъ публичнаго авторитета, искъ предъявляется къ государству, какъ къ казнѣ, и подсуденъ гражданскому суду.

Такимъ образомъ разграниченіе компетенцій администраціи и суда опредѣляется не просто природой самого притязанія, представляетъ ли оно само по себѣ пріобрѣтенное право, опирается ли на опредѣленное постановленіе закона или нѣтъ, но природой тѣхъ отношеній, къ которымъ оно относится. На практикѣ встрѣчаются и отступленія отъ этого принципа. Администрація, если находитъ это удобнымъ, можетъ предоставлять вѣдѣнію юстиціи такія дѣла, которыя по принципу относятся къ ея собственной компетенціи, напр. дѣла по взиманію налоговъ. Но отступленій въ обратномъ смыслѣ не можетъ быть допускаемо: принадлежащее вѣдѣнію юстиціи не можетъ быть изъято изъ ея компетенціи.

По общему правилу, публичное право составляетъ предметъ вѣдѣнія

администраціи. Шталь допускаетъ исключеніе лишь въ отношеніи къ такъ называемымъ имъ *изъятымъ правамъ* (exemte Rechte). Онъ разумѣетъ подъ ними такія права подданныхъ въ сферѣ публичныхъ отношеній, которыхъ администрація вовсе не можетъ касаться. Къ этимъ правамъ приложима судебная охрана, такъ какъ въ отношеніи къ нимъ гражданинъ является какъ бы равнымъ правительственной власти. Эти права совершенно изъяты изъ сферы управленія и ея цѣлей и потому могутъ быть разсматриваемы только съ точки зрѣнія строгой справедливости, составляя какъ бы обособленную частную область въ публичномъ правѣ. Судебная охрана примѣнима тутъ въ силу того же начала, что и къ частному праву, подлежащему вѣдѣнію юстиціи, какъ изъятому отъ воздѣйствія правительственной власти.

Такія изъятыя права могутъ основываться или на прямомъ изъятіи или на косвенномъ. Прямое изъятіе составляютъ различныя привилегіи, напр. свобода отъ податей, отъ воинской службы, когда онѣ имѣютъ характеръ именно привилегіи. Шталь имѣетъ при этомъ въ виду особыя сословныя права дворянства. Косвенно изъятыя права составляетъ все то, что лежитъ совершенно за предѣлами компетенціи администраціи, напр. если она станетъ налагать наказанія высшаго, нежели ей предоставлено, размѣра и рода. Сюда же относятся всѣ умышленныя или неосторожныя правонарушенія со стороны органовъ администраціи и, наконецъ, тѣ случаи, когда вовсе отсутствуютъ всѣ фактическія условія осуществленія данной функціи правительственной власти и когда, такимъ образомъ, дѣйствующій также оказывается внѣ сферы своей компетенціи.

Шталь оговаривается затѣмъ, что вѣдѣнію юстиціи не подлежатъ всѣ пріобрѣтенныя права, а только частное право. Пріобрѣтенныя же права могутъ быть и въ публичномъ правѣ, напр. монарху принадлежитъ пріобрѣтенное право на престолъ, но оно, какъ публичное, не подлежитъ судебной охранѣ.

Распространеніе судебной охраны на изъятыя права въ публичной сферѣ не должно, однако, нарушать того основнаго начала, что государственная власть, какъ таковая, не можетъ быть подчиняема суду. Поэтому охрану этихъ правъ нельзя осуществлять посредствомъ предъявленія иска къ административнымъ учрежденіямъ, вызывая ихъ, какъ отвѣтчиковъ, въ судъ. Дѣло устраивается инымъ образомъ. Если вопросъ ограничивается требованіемъ вознагражденія за нарушенное право, то исходъ весьма простъ: искъ предъявляется къ казнѣ. Если притязаніе гражданина не сводится къ требованію вознагражденія, а заключается въ требованіи предоставленія и обезпеченія спокойнаго пользованія правомъ, то ради устраненія судебнаго процесса противъ администраціи, споръ съ самаго начала долженъ быть переданъ на разрѣшеніе суда. Это можетъ быть сдѣлано двоякимъ путемъ. Или въ случаѣ жалобы дѣло пере-

дается, вмѣсто высшей административной инстанціи, на разсмотрѣніе судебнаго мѣста, или административное учрежденіе передаетъ суду предварительное рѣшеніе вопроса о правѣ, и если не дѣлаетъ этого, судъ возбуждаетъ конфликтъ. Первый путь Шталь считаетъ болѣе простымъ и удобнымъ.

Кромѣ изъятыхъ правъ, подлежащихъ общей судебной охранѣ и обсуждаемыхъ по началамъ строгаго права, бываютъ еще въ управленіи такіе случаи, когда обѣ идеи—и идея справедливости и идея общественной необходимости или пользы—выступаютъ съ одинаковой силой и приходится сообразоваться одинаково и съ той и съ другой. Это бываетъ въ трехъ различныхъ случаяхъ. Во-первыхъ—и это самый важный случай—когда возникаетъ пререканіе о подсудности между судомъ и администраціей. Шталь считаетъ невозможнымъ предоставить разрѣшеніе этихъ пререканій суду. Онъ требуетъ организаціи особаго для того учрежденія, которое пользовалось бы, однако, подобно судамъ, независимымъ положеніемъ. Второй случай—это тотъ, когда дѣло касается правъ, хотя и неизъятыхъ, но требующихъ всетаки извѣстной обезпеченности. Сюда относятся, напр., права администраціи въ отношеніи къ печати, права финансоваго управленія въ отношеніи къ имуществу гражданъ, полиціи—въ отношеніи къ личной свободѣ. Требованія общественнаго порядка и отдѣльныя права гражданъ должны быть тутъ соображены, соглашены, какъ два равносильныхъ фактора. Наконецъ, въ третьихъ, сюда же относятся тѣ случаи, когда извѣстный общій результатъ есть требованіе общественной необходимости, распредѣленіе же между отдѣльными лицами повинностей, выполненіе которыхъ необходимо для осуществленія этого результата, есть дѣло простой справедливости. Таковы дѣла по распредѣленію между отдѣльными плательщиками опредѣленной суммы окладного налога, споръ о степени участія во взаимномъ страхованіи, содержаніи дорогъ, церквей и т. п. При этомъ было бы, конечно, возможно отдѣлить эти два различныя вопроса объ общественной необходимости и о справедливомъ распредѣленіи вызываемыхъ ею тягостей между отдѣльными гражданами. Первый изъ этихъ вопросовъ можно бы было тогда предоставить вѣдѣнію администраціи; второй—суда. Но такое раздѣленіе практически неудобно, такъ какъ вопросы эти тѣсно переплетены другъ съ другомъ.

Всѣ эти дѣла, въ которыхъ приходится сообразовать требованія общественной необходимости съ требованіями справедливости, по мнѣнію Шталя, должны вѣдаться особымъ учрежденіемъ, которое, по своему положенію, должно быть способно одинаково оцѣнивать требованія и общественнаго порядка, и справедливости. Такое учрежденіе должно пользоваться независимымъ положеніемъ, его члены должны быть несмѣняемы; его процедура должна совершаться по опредѣленнымъ судебнымъ

формамъ; его рѣшенія должны имѣть законную силу. Вѣдѣніе такимъ учрежденіемъ указанныхъ трехъ группъ дѣлъ, требующихъ разрѣшенія по соображенію и общественной необходимости, пользы и справедливости, Шталь и называетъ—административной юстиціей.

Ученіе Шталя представляетъ какъ-бы борьбу двухъ противоположныхъ теченій. Онъ какъ-бы боится послѣдовательныхъ выводовъ изъ своего основного положенія и во что-бы ни стало старается придать своей теоріи ультраконсервативную окраску. Указавъ самъ, что частному праву отдѣльнаго лица противополагается не одно только «общее благо», но общій порядокъ, установляемый публичнымъ правомъ, онъ въ послѣдующемъ изложеніи опять возвращается къ старому противоположенію частнаго права и общаго блага. Такое смѣшеніе публичнаго права съ общимъ благомъ объясняется, до извѣстной степени, тѣмъ, что Шталь различаетъ публичное и частное право по различію общихъ и частныхъ интересовъ. Но только объясняется, а не оправдывается. Отождествленіе публичнаго права и общаго блага ему нужно для доказательства невозможности подчинить правительственную дѣятельность судебному контролю. Вѣдѣнію суда подлежатъ только вопросы права, но не общественной пользы. Другая крупная непослѣдовательность Шталя заключается въ томъ, что пространно доказывая сначала невозможность подчиненія дѣйствій правительства судебному контролю, безъ искаженія природы государства, какъ высшей власти, какъ нравственнаго авторитета, онъ въ заключеніе самъ требуетъ организаціи такихъ органовъ административной юстиціи, которые-бы пользовались подобно судамъ независимымъ положеніемъ. Но такіе органы чѣмъ-же существенно отличаются отъ суда? Подчиненіе правительственной дѣятельности контролю независимаго отъ правительства учрежденія, какъ-бы оно ни называлось, развѣ не одинаково противорѣчитъ идеи верховности? Мы выдѣли, что къ вѣдѣнію административной юстиціи Шталь относитъ не всѣ публичныя права, а только такія, при обсужденіи которыхъ принимаются одинаково въ соображеніе и требованія справедливости и требованія общественной необходимости и пользы. Какъ будто можно говорить о правахъ, обсужденіе которыхъ совершалось-бы исключительно по началамъ пользы и цѣлесообразности. Да къ тому-же, опредѣленіе группы дѣлъ, составляющихъ сферу вѣдѣнія административной юстиціи, представляется крайне неяснымъ и неопредѣленнымъ, не заключая въ себѣ никакого устойчиваго и точнаго критеріума для отграниченія ихъ отъ дѣлъ, подлежащихъ исключительному вѣдѣнію самой администраціи. Что, въ самомъ дѣлѣ, можетъ объяснить намъ опредѣленіе права, какъ такого, которое хотя и не изъято отъ власти правительства, но требуетъ всетаки *нѣкоторой* обезпеченности. Развѣ есть *права*, которыя-бы не требовали даже *нѣкоторой* обезпеченности? Развѣ можно по такому

неопредѣленному признаку—какъ «требованіе нѣкоторой обезпеченности», установить границы вѣдѣнія административной юстиціи? Очевидно, что это не опредѣленіе, а отказъ въ теоретическомъ опредѣленіи сферъ административной юстиціи. Мы не говоримъ уже о пресловутыхъ «изъятыхъ правахъ», имѣющихъ только историческое значеніе и явившихся у Шталя какъ уступка реакціоннымъ притязаніямъ привилегированныхъ сословій.

Ученіе Шталя съ небольшими измѣненіями принимаетъ и Блунчли. Оно является у него въ упрощенномъ видѣ, но это упрощеніе сдѣлано такъ, что утрачено многое, составляющее существенное достоинство теоріи Шталя. Блунчли почти всецѣло возвращается къ старому противоположенію частнаго права и общественнаго блага.

Публичныя права, говоритъ Блунчли [1]), могутъ также какъ и частныя служить поводомъ къ спорамъ и споры эти также должны быть разрѣшаемы государственнымъ авторитетомъ. Быть можетъ въ будущемъ и осуществится идеалъ судовъ публичнаго права для разрѣшенія всѣхъ споровъ, возникающихъ въ сферѣ публичныхъ отношеній. Но пока судебная охрана публичнаго права осушествляется въ самыхъ скромныхъ размѣрахъ. Все международное право, право суверенитета, вопросы государственнаго устройства, военнаго и полицейскаго управленія, а также вопросы, вытекающіе изъ организаціи государственныхъ учрежденій—все это лишено покуда компетентной судебной инстанціи. Пока выдѣлилась только особая отрасль такъ называемаго *административнаго права*, въ самомъ тѣсномъ смыслѣ этого слова, получившая для себя судебную охрану въ формѣ *административной юстиціи*. Административное право въ этомъ тѣсномъ значеніи слова обозначаетъ совокупность тѣхъ публичныхъ правъ и обязанностей, которыя получили въ отношеніи къ отдѣльнымъ управомоченнымъ субъектамъ (корпораціямъ или индивидамъ) относительно самостоятельный характеръ и положеніе, подобное частнымъ правамъ, а потому и нуждаются въ особой судебной защитѣ. Только при этомъ условіи можетъ быть рѣчь о *сторонахъ* въ собственномъ смыслѣ слова, правовыя притязанія которыхъ могутъ быть другъ-другу противопоставлены и которыя могутъ, поэтому, вести другъ съ другомъ процессъ на судѣ.

Конечно и эти права не суть частныя права и потому не принадлежатъ отдѣльному лицу самому по себѣ, въ противоположность всему остальному міру; какъ публичныя права, они остаются въ связи съ государственнымъ порядкомъ и, потому, зависимы отъ государства. Но они тѣмъ приближаются къ частнымъ правамъ, что находятся въ опредѣленномъ и постоянномъ отношеніи къ отдѣльному лицу и, какъ его

[1]) Bluntschli. Allgemeines Staatsrecht, 6 Aufl. Stuttgart, 1885, ss. 351—373.

особыя права, способны къ защитѣ. Сюда принадлежатъ права принадлежности къ общинѣ, права подданства, обязанность платить налоги, права пользованія дорогами, дорожная повинность, обязанность содержать школы и церкви, обязательная общественная служба и т. п. Въ другихъ вопросахъ общественнаго правопорядка, напр., при военныхъ и полицейскихъ распоряженіяхъ, общественный интересъ является съ такимъ рѣшительнымъ преобладаніемъ, что не допускается существованіе такихъ, относительно самостоятельныхъ, правъ и судебной ихъ охраны, а дѣло предоставляется всецѣло усмотрѣнію административныхъ учрежденій.

Разграниченіе сферы гражданской и административной юстиціи опредѣляется различіемъ частнаго и публичнаго права. Публичныя права могутъ подлежать вѣдѣнію гражданскаго суда только по исключенію. Это изъятіе публичнаго права изъ сферы вѣдѣнія гражданскихъ судовъ и предоставленіе его вѣдѣнію администраціи и административныхъ судовъ, обусловливается особой природой публичнаго права, и въ частности административнаго права. Административное право проистекаетъ исключительно отъ государства и остается отъ него зависимымъ. Оно никогда не можетъ быть отрѣшено отъ развитія государственной жизни, такъ-какъ оно существуетъ только чрезъ государство, въ государствѣ, и съ государствомъ. Эта государственная природа публичныхъ правъ сохраняется и тогда, когда они являются самостоятельными правами отдѣльныхъ гражданъ. И тогда они не принадлежатъ всецѣло и исключительно гражданину, но находятъ себѣ основаніе и опредѣленіе все-таки въ организаціи государства и въ соображеніяхъ общественнаго блага. Споры о публичныхъ правахъ рѣшаются не иначе, какъ съ точки зрѣнія государственнаго порядка и по соображеніямъ общественнаго блага. При разрѣшеніи вопросовъ публичнаго права нельзя руководствоваться только уже установившимися въ прошедшемъ формами, необходимо считаться и съ вѣчно измѣнчивымъ теченіемъ государственной жизни. Конечно, насколько законы точно опредѣляютъ условія и границы, они должны быть столь же строго соблюдаемы въ публичномъ, какъ въ частномъ правѣ. Но обыкновенно въ административныхъ дѣлахъ судьѣ остается достаточный просторъ оцѣнивать притязанія сторонъ въ духѣ современной жизни и ея потребностей, и согласовать ихъ съ развитіемъ общественной жизни. Въ вопросахъ административнаго права судьѣ приходится, поэтому, чаще, чѣмъ въ вопросахъ частнаго права, наряду съ правомѣрностью и закономѣрностью, принимать въ соображеніе и цѣлесообразность и, потому, обращать свой взоръ нетолько назадъ, на прошлое, но и впередъ, на будущее.

Изъ этого изложенія ученія Блунчли читатель можетъ видѣть, что онъ еще рѣшительнѣе Шталя смѣшиваетъ публичное право съ обще-

ственной пользой. Если у Шталя особенность административной юстиціи заключается въ необходимости соглашать требованія права и пользы, то у Блунчли какъ-бы прямо допускается возможность для административнаго суда судить по началамъ цѣлесообразности Вмѣстѣ съ тѣмъ Блунчли, въ опредѣленіи сферы вѣдѣнія административной юстиціи ограничивается указаніемъ, что къ ней относятся тѣ публичныя права, которыя имѣютъ относительно самостоятельный характеръ и положеніе, подобное частнымъ правамъ. Но любое право можетъ оказаться «относительно» самостоятельнымъ, смотря потому, съ чѣмъ мы будемъ его сравнивать. Съ другой стороны, не явная-ли это непослѣдовательность, что требуя организаціи особыхъ административныхъ судовъ именно для охраны, *въ противоположность гражданскимъ судамъ*, публичныхъ правъ, Блунчли относитъ къ вѣдѣнію этихъ особыхъ административныхъ судовъ только тѣ изъ публичныхъ правъ, которыя *подобны частнымъ*? Не уничтожается-ли этимъ основной доводъ въ пользу своеобразности дѣлъ административной юстиціи?

Общіе и главные недостатки ученій Шталя и Блунчли заключаются въ томъ, что они, во первыхъ, произвольно ограничиваютъ примѣнимость въ сферѣ публичнаго права судебной охраны совершенно неопредѣленнымъ понятіемъ относительно самостоятельныхъ правъ; во вторыхъ, смѣшиваютъ начала публичнаго права съ требованіями общественнаго блага. Дальнѣйшее развитіе этого ученія требовало устраненія обоихъ этихъ недостатковъ. Требовалось расширить рамки примѣненія судебной охраны къ публичному праву и устранить смѣшеніе этого права съ общественнымъ благомъ. Въ этомъ направленіи и сдѣланы были попытки въ началѣ шестидесятыхъ годовъ Регельсбергеромъ и Бэромъ.

Регельсбергеръ, въ небольшой журнальной статьѣ [1]) подвергаетъ критикѣ теоріи Шталя и Блунчли. Онъ считаетъ невозможнымъ согласиться съ ними, чтобы администрація, въ противоположность суду, руководствовалась не правомъ, а соображеніями общественной пользы, чтобы право служило для нея только гранью, а не руководящимъ принципомъ. При разрѣшеніи вопросовъ публичнаго права, администрація также безусловно должна руководствоваться закономъ, какъ и гражданскій судъ. Иначе пришлось бы допустить, что администрація можетъ, при общемъ избирательномъ правѣ, устранять отъ участія въ выборахъ того или другаго неимущаго рабочаго, если бы только убѣдилась, что участіе въ голосованіи было бы противно требованіямъ общественнаго блага. Ошибка тутъ, и весьма распространенная, заключается въ смѣшеніи двухъ различныхъ понятій: правительственной и исполнительной власти. Первая

[1]) Kritische Vierteljahreschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. B. IV 1862. SS. 52—75.

дѣйствуетъ свободно, руководствуясь соображеніями пользы и необходимости въ той сферѣ, которая не опредѣлена закономъ. Вторая призвана только исполнять законъ, а потому и должна строго имъ руководствоваться.

Что касается собственно разграниченія сферы управленія и суда, то въ основаніе его Регельсбергеръ кладетъ различіе такихъ правъ, которыя обусловлены существованіемъ государства, и такихъ, которыи имъ не обусловлены. Каждое право предполагаетъ существованіе человѣческаго общества, но не непремѣнно государства. Частное право и уголовное право не состоятъ въ такой зависимости отъ государства. Въ отношеніи къ частному праву это не можетъ возбуждать сомнѣній. Что же касается уголовнаго права, то независимость его отъ государства доказывается тѣмъ, что карательная власть принадлежитъ не одному государству, а также семьѣ и церкви. Частное и уголовное право, какъ независимыя отъ государства, подлежатъ вѣдѣнію независимой судебной власти. Все остальное право обусловлено непосредственно государствомъ и подлежитъ вѣдѣнію администраціи.

Статья Регельсбергера пользуется большой популярностью въ нѣмецкой литературѣ и многими указывается, какъ образцовое изложеніе вопроса. Безъ сомнѣнія. ей нельзя отказать въ простотѣ и ясности. Но что касается собственно содержанія, то вниманія и признанія заслуживаетъ только то положеніе автора, что администрація также должна руководствоваться началами права; что право, поэтому, не составляетъ для нея только внѣшней границы. Выставляемое же Регельсбергеромъ основаніе для разграниченія административныхъ и судебныхъ дѣлъ не можетъ быть принято и это лучше всего доказывается примѣромъ уголовнаго права. Регельсбергеръ силится доказать, что уголовное право нельзя считать обусловленнымъ существованіемъ государства, такъ какъ карательная власть осуществляется и семьей и церковью. Но если такъ разсуждать, такъ и *управленіе* осуществляется также и семьей и церковью; и та и другая управляютъ своими дѣлами. А церковное управленіе представляетъ въ иныхъ церквахъ даже весьма близкую аналогію съ государствомъ, едва ли не большую, чѣмъ церковная карательная дѣятельность. Не придется ли тогда и все управленіе считать судебнымъ дѣломъ?

Бэръ выступилъ съ цѣлой монографіей, посвященной выясненію понятія и природы правоваго государства [1]). Но и у него на первомъ планѣ стоитъ опроверженіе ученій Шталя.

Правовое государство стало весьма популярной идеей. Нѣтъ почти государства, которое бы не выставляло бы этого слова на своемъ знамени. Но значеніе его далеко не выяснено надлежащимъ образомъ.

[1]) Bähr, O. Der Rechtsstaat. Cassel und Göttingen 1864.

Можно согласиться со Шталемъ, что идея эта вовсе не требуетъ, чтобы все въ государственной жизни опредѣлялось исключительно однѣми юридическими нормами. Идея правоваго государства заключается въ томъ, чтобы государство признало право основнымъ условіемъ своего существованія, чтобы какъ индивидуальная, такъ и общественная жизнь въ государствѣ, безъ стѣсненія ея свободы, двигалась въ рамкахъ права. Для индивидуальной жизни это требованіе давно признано. Опредѣляющее ее частное право достигло высокой степени развитія и полной обезпеченности дѣйствительнаго осуществленія. Въ иномъ положеніи находится публичное право, въ силу своей отсталости. Чтобы усвоить себѣ идею правоваго государства, необходимо выяснить точнѣе природу публичнаго права.

Право вообще, есть относительная свобода всѣхъ въ отношеніи другъ къ другу. Свобода эта опредѣляется общими нормами, находящими себѣ выраженіе въ законодательствѣ. Но для своего дѣйствительнаго осуществленія въ конкретныхъ отношеніяхъ, право нуждается въ охранѣ противъ правонарушеній. Такая охрана можетъ быть осуществляема и отдѣльными заинтересованными лицами. Но вездѣ гдѣ народная жизнь достигаетъ высшей организаціи въ формѣ государства, государство признаетъ осуществленіе права своей первой задачей. Государство фиксируетъ право въ законѣ, оно охраняетъ его судебнымъ рѣшеніемъ. Представителемъ государственной власти въ монархическихъ странахъ является государь, но, въ извѣстныхъ отношеніяхъ, онъ связанъ соучастіемъ своихъ подданныхъ. Такое соучастіе необходимо между прочимъ и въ отправленіи правосудія. Правосудіе не можетъ быть не только исключительнымъ, но и вообще непосредственнымъ, личнымъ дѣломъ государя. Постановленіе судебнаго рѣшенія есть, само по себѣ, логическій процессъ подведенія частнаго подъ общее. Оно есть актъ не воли, а мышленія, познанія. Однако, законы, по которымъ совершается нахожденіе судебнаго рѣшенія, не имѣютъ того безусловнаго характера, который исключалъ бы возможность произвола и ошибки и, потому, необходимо передать правосудіе въ такія руки, гдѣ бы опасность произвола и ошибки была бы сведена до минимума. Это и достигается передачей отправленія правосудія независимымъ судебнымъ органамъ. Въ сферѣ частнаго права необходимость такого порядка признается всѣми. Сомнѣнія существуютъ только въ отношеніи къ публичному праву. Въ чемъ же особенность публичныхъ правъ?

Обыкновенно представляютъ дѣло такъ, будто бы противоположеніемъ частнаго и публичнаго права исчерпывается все разнообразіе юридическихъ отношеній. Частному праву, имѣющему дѣло съ отношеніями отдѣльныхъ личностей, противополагаютъ публичное право, имѣющее дѣло съ государствомъ и съ отношеніями людей, какъ членовъ государ-

ства. Но развѣ человѣкъ можетъ быть членомъ только одного государства? Развѣ нѣтъ другихъ общеній, включающихъ въ себя человѣка? Отношенія, вытекающія изъ принадлежности къ этимъ общеніямъ, точно также должны быть противополагаемы отношеніямъ частнаго права, имѣющимъ дѣло съ изолированно стоящею личностью. Ихъ всѣхъ можно подвести подъ общее понятіе общественнаго права (Genossenschaftsrecht), въ отношеніи къ которому публичное право является только частью. Такими общеніями, кромѣ государства, представляются общины, семьи, и цѣлый рядъ разнообразныхъ, произвольно образуемыхъ общеній. Общественное право составляютъ внутреннія отношенія членовъ этихъ общеній,—отношенія, возникающія между ними, именно какъ между членами даннаго общенія. Отношенія отдѣльнаго члена общенія къ цѣлому общенія, опредѣляются, во-первыхъ, мѣрою тѣхъ услугъ и пожертвованій, которыя онъ обязанъ предоставлять общенію; во-вторыхъ, мѣрою тѣхъ выгодъ, какія онъ въ обмѣнъ получаетъ отъ общенія, и въ третьихъ, тѣмъ порядкомъ, какимъ опредѣляется общая воля общенія. Такъ какъ вѣдѣніе общихъ интересовъ ввѣряется особому органу, какъ представителю цѣлаго общенія, то отношенія эти и получаютъ внѣшнюю форму отношеній отдѣльныхъ членовъ къ этому органу. Право даннаго общенія опредѣляетъ собою рамки, въ которыхъ должна совершаться дѣятельность этого органа. Въ предѣлахъ установленныхъ рамокъ онъ пользуется свободой дѣйствовать, руководствуясь соображеніями цѣлесообразности. Въ этой сферѣ его положеніе основано на довѣріи. Если же онъ преступаетъ указанныя ему границы, онъ этимъ самымъ совершаетъ правонарушеніе, которое можетъ заключаться или въ требованіи отъ отдѣльныхъ членовъ пожертвованій въ пользу общенія, свыше установленной мѣры, или въ неудовлетвореніи законныхъ ихъ интересовъ, или, наконецъ, въ нарушеніи установленнаго порядка.

Притязанія отдѣльныхъ членовъ по поводу правонарушеній, совершаемыхъ органомъ, управляющимъ общеніемъ, могутъ быть, сообразно съ этимъ, слѣдующихъ различныхъ родовъ.

Отдѣльный членъ можетъ, прежде всего, жаловаться, съ точки зрѣнія личнаго интереса, на чрезмѣрныя въ отношеніи къ нему требованія со стороны общенія. Затѣмъ, также съ точки своего личнаго интереса, онъ можетъ жаловаться на то, что общеніе не предоставляетъ ему пользованіе тѣми выгодами, на которыя онъ имѣетъ право. Возможны подобнаго же рода жалобы на неудовлетвореніе дѣятельностью общенія тѣхъ интересовъ, коимъ оно должно служить, но не съ точки зрѣнія личнаго интереса жалобщика, а въ общемъ интересѣ всѣхъ членовъ общенія. Двоякаго рода жалобы возможны и по поводу нарушенія общаго порядка общенія и въ личномъ интересѣ, когда жалобщику отказываютъ въ осуществленіи его права на участіе въ дѣлахъ общенія, и въ общемъ

интересѣ. Всѣ эти возможныя притязанія можно свести къ тремъ группамъ. Во-первыхъ, жалобы въ личномъ частномъ интересѣ, какъ на излишнее обремененіе обязанностями, такъ и на отказъ въ удовлетвореніи законнымъ интересамъ. Во-вторыхъ, жалобы въ общественномъ, такъ сказать, интересѣ отдѣльныхъ членовъ, на устраненіе ихъ отъ должнаго участія въ дѣлахъ общенія. Въ-третьихъ, жалобы въ общемъ интересѣ всего общенія, на уклоненіе его дѣятельности и на нарушеніе общаго порядка.

Притязанія трехъ этихъ категорій пользуются судебной охраной въ различной степени. Вполнѣ и безусловно она примѣняется только къ притязаніямъ первой категоріи. Рѣже предоставляются рѣшенію судебной власти притязанія второй категоріи. Что же касается третьей группы притязаній, то въ отношеніи къ нимъ составляетъ предметъ сомнѣній даже и то, имѣютъ ли въ отношеніи къ нимъ отдѣльные члены legitimatio activa ad causam?

Такъ какъ государство есть частный видъ общенія, то и въ немъ существуютъ всѣ эти отношенія. Но между тѣмъ какъ другія общенія подчиняются государству и стоятъ подъ контролемъ государственной власти, легко обезпечивающей судебную охрану всѣмъ притязаніямъ отдѣльныхъ членовъ этихъ общеній, само государство не знаетъ надъ собой высшей контролирующей власти. Въ силу такого положенія, государства, его законодательная и судебная дѣятельность не подлежатъ контролю. Каковъ бы ни былъ законъ или окончательный судебный приговоръ, на нихъ некуда болѣе жаловаться. Эта безконтрольность государственнаго законодательства и государственной юстиціи находитъ себѣ извѣстный противовѣсъ въ томъ, что законодательная и судебная дѣятельность обставлены сложными условіями и гарантіями. Въ противоположность имъ, правительственная дѣятельность (Regierung) не терпитъ такихъ гарантій, которыя бы по необходимости слишкомъ ее задерживали и осложняли. Имѣя дѣло не съ правомъ, представляющимъ устойчивый, постоянный элементъ общественной жизни, а съ вѣчно мѣняющимся движеніемъ жизни, съ пестрымъ и измѣнчивымъ разнообразіемъ отдѣльныхъ конкретныхъ потребностей, правительственная власть нуждается въ возможности дѣйствовать свободно, быстро, приноравливаясь къ особенностямъ каждаго отдѣльнаго случая, къ потребностямъ данной минуты. Но это не достижимо при соблюденіи сложныхъ и медлительныхъ формъ суда и законодательства. Между тѣмъ правительственная власть на каждомъ шагу встрѣчаетъ надобность сообразовать частное дѣйствіе съ общими нормами права, опредѣляющими границы ея свободной дѣятельности.

Она не можетъ сама окончательно рѣшать подобные вопросы права, потому что для нея право не принципъ ея дѣятельности, а только

внѣшняя граница. Она руководится въ своей дѣятельности цѣлесообразностью и судитъ о правѣ такъ, какъ всякое отдѣльное лицо, интересующееся знать, какія рамки ставитъ его дѣятельности законъ, то есть, не съ точки зрѣнія объективнаго юридическаго порядка, а съ точки зрѣнія тѣхъ интересовъ, къ осуществленію которыхъ она стремится.

Правительство соединить обѣ точки зрѣнія не можетъ: обсуждать представляющіеся частные случаи одновременно и съ точки зрѣнія даннаго, преслѣдуемаго имъ, интереса и съ точки зрѣнія обыкновеннаго правопорядка. И во всякомъ случаѣ, если бы и вопросы права предоставлены были его окончательному рѣшенію, правительство являлось бы тогда судьею въ собственномъ своемъ дѣлѣ, что противорѣчитъ элементарнымъ условіямъ справедливости. Поэтому дѣятельность правительства необходимо подчинить судебному контролю,—другими словами: дать гражданамъ судебную защиту противъ возможныхъ нарушеній ихъ правъ правительственною дѣятельностью.

Возможность такого подчиненія доказывается уже тѣмъ, что иски къ государству, какъ къ казнѣ, издавна подлежатъ вѣдѣнію судебной власти. Правда, говорятъ, что въ этихъ случаяхъ суду подчиняется не государственная власть, а казна, какъ будто это два различныхъ человѣка (sic)! Какъ будто государственная власть и казна не относятся другъ къ другу совершенно такъ-же, какъ отдѣльный человѣкъ и его кошелекъ! Подобно тому какъ, заявляя притязанія къ чьему-либо кошельку, мы этимъ самымъ заявляемъ притязанія и къ самому человѣку; точно также, предъявляя искъ къ казнѣ, мы ведемъ дѣло съ тою самою государственною властью, которая есть носительница правъ верховенства. И изъ предмета спора нельзя вывести противоположности между государственною властью и казной. Или деньги не сила, или деньги не служатъ (посредственно) тѣмъ же самымъ цѣлямъ, для которыхъ (непосредственно) служатъ и права верховенства? Все различіе между государственной властью и казной сводится къ тому, что этимъ обозначаютъ различныя юридическія свойства одного и того же юридическаго лица. Признаніе же того, будто бы судебной охранѣ подлежатъ только частныя, а не публичныя права, было бы равносильно отрицанію за публичнымъ правомъ характера права.

Требуя распространенія судебной охраны и на публичныя права, надо точно опредѣлить границы этого требованія. Какъ управленію каждаго общенія, такъ и государственному правительству должна необходимо быть предоставлена извѣстная сфера вполнѣ свободной, безконтрольной дѣятельности. Въ предѣлахъ установляемыхъ закономъ правительство пользуется дискреціонной властью, и какъ бы оно ее ни употребляло, акты этой дискреціонной власти не могутъ служить поводомъ къ судебному иску. Затѣмъ, когда законъ опредѣляетъ условія дѣятельности

правительственной власти, для возможности судебнаго иска необходимо, чтобы въ законѣ, на нарушеніе котораго ссылается жалобщикъ, были употреблены или прямо юридическіе термины (напр. освобождаемые изъ заключенія, наказуемыя дѣянія), или вполнѣ опредѣленныя техническія выраженія (напр. соленая и свѣжая рыба), если же законъ употребляетъ выраженія, предоставляющія извѣстный просторъ усмотрѣнію правительства,—судебный контроль примѣненія правительствомъ такихъ опредѣленій закона невозможенъ. Напримѣръ, если правительству предоставляется право конфискаціи книгъ, представляющихъ опасность для доброй нравственности, то судъ не можетъ входить въ оцѣнку того, правильно или нѣтъ правительство подвело подъ понятіе такихъ книгъ то или другое отдѣльное изданіе. Второе ограниченіе судебнаго контроля дѣятельности правитсльственной власти заключается въ томъ, что для принятія принудительныхъ мѣръ правительство не нуждается въ предварительномъ рѣшеніи вопроса судомъ. Оно дѣйствуетъ самостоятельно, и только если частное лицо усматриваетъ въ дѣйствіяхъ правительства правонарушеніе, оно можетъ жаловаться въ судъ.

Точно также судебное рѣшеніе, постановленное противъ правительства, не подлежитъ принудительному исполненію. Его значеніе ограничивается нравственнымъ авторитетомъ. Это одинаково примѣняется и къ судебнымъ рѣшеніямъ по дѣламъ казны, однако, не вызываетъ тамъ никакихъ неудобствъ и не подрываетъ въ этихъ дѣлахъ значенія судебныхъ рѣшеній.

Наконецъ, требуя распространенія судебной охраны и на публичныя права, не слѣдуетъ настаивать на передачѣ этихъ дѣлъ вѣдѣнію обыкновенныхъ гражданскихъ судовъ. Бэръ не сторонникъ учрежденія спеціальныхъ административныхъ судовъ. Онъ полагаетъ, что какъ для надлежащаго развитія права, такъ и для правильной организаціи судебной власти въ государствѣ удобнѣе не раздѣлять юрисдикціи частнаго и публичнаго права. Но это для него вопросъ второстепенный. Важно установленіе судебной охраны публичныхъ правъ. А затѣмъ, если обыкновенные суды считаются для того непригодными, можно организовать особые административные суды. Но только это должны быть дѣйствительно *суды*. Имъ должно быть дано тоже независимое положеніе, какъ и обыкновеннымъ судамъ. Бэръ идетъ даже дальше и полагаетъ, что если ужъ учреждать особые административные суды, назначеніе въ нихъ судей не должно быть исключительно дѣломъ правительства, а должно быть при этомъ допущено участіе и народнаго представительства. Такъ какъ административнымъ судамъ приходится рѣшать споръ между гражданами и правительствомъ, то неудобно, чтобы назначеніе судей зависѣло исключительно отъ одной изъ заинтересованныхъ въ этихъ спорахъ стороны.

Ученіе Бэра представляетъ прямую противоположность теоріи Шталя. Между тѣмъ какъ Шталь выдвигаетъ на первый планъ значеніе государственной власти, какъ надъ индивидами стоящаго авторитета, Беръ старается, напротивъ, низвести ее до положенія частнаго лица. Съ этою цѣлью онъ подводитъ понятіе публичнаго права подъ болѣе общее, по его мнѣнію, понятіе права общественнаго и приравниваетъ государства къ частнымъ обществамъ (Genossenschaften). При всемъ томъ, въ одномъ онъ сходится со Шталемъ. И онъ признаетъ, что право для правительственной дѣятельности только граница, что руководящимъ началомъ его дѣятельности служитъ не право, а цѣлесообразность. Если у Шталя это было непослѣдовательностью, результатомъ произвольнаго смѣшенія публичнаго права съ общимъ благомъ, то у Бэра это вполнѣ послѣдовательный выводъ изъ низведенія правительства до положенія частнаго лица. Отдѣльная личность свободно ставитъ себѣ тѣ или другія цѣли; никто другой не можетъ навязывать ей своихъ цѣлей, но можетъ требовать, чтобы она стремилась къ той, а не къ другой цѣли. Частныя общества служатъ всегда одной опредѣленной цѣли. Поэтому въ отношеніи къ отдѣльнымъ лицамъ и частнымъ обществамъ задача права дѣйствительно ограничивается ограниченіемъ осуществленія ихъ цѣлей отъ цѣлей другихъ личностей. Право тутъ только внѣшняя граница; оно не вторгается во внутреннюю жизнь личности. Совершенно въ иномъ положеніи находится государство. Оно призвано служить не одной какой-нибудь цѣли, а всему разнообразію культурныхъ цѣлей. Оно всегда служитъ, и по необходимости, должно служить многимъ разнообразнымъ цѣлямъ. И граждане именно навязываютъ ему свои цѣли, такъ какъ правительственная дѣятельность не можетъ не подчиняться требованіямъ общественной жизни. Поэтому, въ отношеніи къ государственной дѣятельности, право не можетъ довольствоваться только отграниченіемъ государственныхъ цѣлей отъ чуждыхъ государству, но должно также разграничить между собой и разнообразныя цѣли, преслѣдуемыя государствомъ. Взаимное отношеніе этихъ цѣлей не можетъ опредѣляться нравственными началами уже потому, что нравственное сознаніе существуетъ только тамъ, гдѣ имѣется единство сознанія,—только у человѣка. Цѣлесообразность же можетъ опредѣлить, какъ осуществить данную цѣль, но не можетъ опредѣлить взаимнаго соотношенія самостоятельныхъ цѣлей. Для государства это можетъ сдѣлать только право. Поэтому право не есть только внѣшняя грань правительственной дѣятельности, но и руководящее начало. Но если такъ, то уже не можетъ быть удерживаемо выставляемое Бэромъ ограниченіе судебнаго контроля правительственной дѣятельности одной охраной внѣшней ея границы. Судебный контроль можетъ и долженъ быть поставленъ шире, какъ это и признается новѣйшей нѣмецкой литературой, въ особенности Гнейстомъ. Судебная

охрана публичнаго права, такъ ограниченная какъ это думаетъ сдѣлать Бэръ, не имѣла бы достаточной силы. Хорошъ, въ самомъ дѣлѣ, судъ публичнаго права, не могущій даже войти въ оцѣнку, правильно ли полиція сочла конфискованныя ею книги вредными для общественной нравственности!

Доводы Бэра въ пользу возможности подчинить правительственную дѣятельность судебному контролю также нельзя признать убѣдительными. Онъ опирается при этомъ главнымъ образомъ на то, что иски къ казнѣ всѣми признаются подлежащими вѣдѣнію суда, а казна и государственная власть только различныя названія одного и того же субъекта. Въ дѣйствительности тутъ различіе не въ одномъ названіи, но и въ самомъ существѣ дѣла. Искъ къ казнѣ никогда не можетъ касаться непосредственно правъ государственной власти, а развѣ только вознагражденія за тѣ стѣсненія, которымъ они подвергаютъ права гражданъ. Но для власти далеко не безразлично, будетъ ли судъ обсуждать только вопросъ объ обязанности правительства вознаградить гражданъ за причиняемое имъ стѣсненіе въ ихъ правахъ или вопросъ о самомъ правѣ на такія стѣсненія. Когда утверждаютъ, что предъ судомъ можетъ отвѣчать только казна, а не государственная власть, то этимъ и установляютъ указанное различіе между вопросомъ объ обязанности вознаграждать за стѣсненіе правъ и вопросомъ о правѣ на самое стѣсненіе. Отождествляя понятія казны и государственной власти, нельзя разрѣшить этого вопроса, а можно только обойти его. Для Бэра обоснованіе судебнаго контроля правительственной дѣятельности потому представляло затрудненіе, что онъ отправляется отъ уравненія государства съ частнымъ лицомъ и отъ рѣзкаго противоположенія суда и правительства, такъ что судъ у него является защитникомъ только правъ гражданъ противъ государства. При такой постановкѣ вопроса возможны только два исхода: или придти къ ученію Шталя, или прибѣгнуть къ натяжкамъ въ родѣ отождествленія казны и государственной власти.

Судъ есть, также какъ и правительство, органъ государственной власти. Ихъ нельзя противополагать. Судъ никогда не можетъ, строго говоря, постановить приговоръ противъ государственной власти, именно потому, что онъ есть ея органъ. Когда дѣйствіемъ государственной власти нарушается чей-нибудь частный интересъ — это значитъ, что другой частный интересъ получилъ, тѣмъ или другимъ путемъ, перевѣсъ, преобладаніе въ правительственныхъ сферахъ, что и выразилось въ благопріятномъ ему правительственномъ дѣйствіи. Въ преобладаніи того или другого частнаго интереса могутъ быть заинтересованы только частныя лица, пожалуй отдѣльныя должностныя лица, но не государство; государство заинтересовано только въ установленіи и сохраненіи справед-

ливаго соотношенія всѣхъ частныхъ интересовъ, уравновѣшенная совокупность которыхъ и есть т. н. общій интересъ.

Съ этой точки зрѣнія всякій *справедливый* приговоръ суда, каковъ бы онъ ни былъ, является всегда постановленнымъ въ интересѣ государства, въ общемъ интересѣ, а никакъ не противъ него. Судъ отнюдь не ограничиваетъ государственную власть, а напротивъ, содѣйствуетъ ей въ достиженіи ея цѣлей. Если такъ смотрѣть на дѣло, вопросъ о возможности судебной охраны и публичнаго права разрѣшается самъ собой.

Разсмотрѣнныя нами ученія представляютъ нѣмецкую теорію административной юстиціи какъ бы въ зародышѣ. Основное положеніе, въ силу котораго понятіе административной юстиціи сводится къ противоположенію публичнаго права частному, уже выставлено. Но рядомъ съ нимъ сохраняется еще и противоположеніе началъ права и цѣлесообразности и, во всякомъ случаѣ, право продолжаютъ признавать въ отношеніи къ управленію лишь внѣшней границей. Эти ученія представляютъ собою какъ бы подготовительную стадію. Полное выраженіе, талантливое и послѣдовательное развитіе, нѣмецкая теорія получила только у Гнейста.

Это самый видный представитель нѣмецкой теоріи вопроса. Въ немъ и въ Штейнѣ нѣмецкая наука административнаго права нашла себѣ наилучшее выраженіе. Въ нихъ нашли себѣ какъ бы живое воплощеніе два главныхъ теченія современной литературы административнаго права. У Штейна преобладаніе философскаго элемента, отвлеченныя построенія, преданія гегелевской школы и вмѣстѣ рѣзко сказывающееся французское вліяніе. Все ученіе Штейна объ управленіи можетъ быть характеризовано какъ французская административная теорія, сведенная къ гегелевской формулѣ. У Гнейста, наоборотъ, преобладаніе историческаго элемента, конкретныя описанія, пристрастіе къ англійскимъ порядкамъ. Штейнъ научилъ нѣмцевъ понимать Францію; Гнейстъ является для всего континента истолкователемъ англійскаго государственнаго строя. Но каждый дѣлаетъ это на свой ладъ. Штейнъ даетъ схему, Гнейстъ—историческую картину.

Такое характерное различіе не могло не сказаться и на ихъ ученіи объ административной юстиціи. Знакомясь съ теоріей Штейна, мы имѣли дѣло съ абстрактной конструкціей, опирающейся на общія опредѣленія, и рядомъ выводовъ, полученныхъ чисто дедуктивнымъ путемъ. Ничего подобнаго у Гнейста, дающаго прежде всего историческій матеріалъ и изъ него извлекающаго нѣкоторыя обобщенія, складывающіяся въ далеко нестройную и незаконченную систему. Штейнъ во чтобы то ни стало добивается установить принципіальное различіе иска и жалобъ; Гнейстъ вовсе отрицаетъ такое различіе. Штейнъ противникъ особыхъ административныхъ судовъ; Гнейстъ рѣшительный ихъ сторонникъ. При этомъ

Штейнъ, какъ бы проникнутый безпокойнымъ революціоннымъ духомъ Франціи, постоянно измѣняетъ свою теорію, въ каждомъ новомъ произведеніи своемъ внося что-нибудь новое. Гнейстъ, напротивъ, до нельзя консервативенъ и во всѣхъ своихъ книгахъ повторяетъ все одно и то-же, чуть не въ однихъ и тѣхъ же выраженіяхъ [1]). Обратимся же къ его ученію.

Въ силу внутренняго различія, какое представляютъ нормы частнаго и публичнаго права, и охрана ихъ принимаетъ различныя формы. Въ частномъ правѣ заинтересованнымъ лицамъ самимъ предоставляется охранять свои права посредствомъ иска, предъявляемаго въ постоянные, отъ мѣняющихся воззрѣній управленія независимые, суды. Въ уголовномъ правѣ сама государственная власть охраняетъ абсолютныя велѣнія права, сама вчиняетъ, чрезъ посредство своихъ органовъ, уголовное преслѣдованіе и обезпечиваетъ свободную защиту обвиняемаго тѣмъ, что ставитъ публичнаго обвинителя въ положеніе стороны на независимомъ и безпристрастномъ судѣ. Въ обѣихъ этихъ сферахъ объективное, безпристрастное примѣненіе права есть высшее руководящее начало. И въ этихъ сферахъ примѣняется, правда, кромѣ того, административный контроль (въ отношеніи къ судебному управленію) и контроль парламента. Но эти формы контроля занимаютъ тутъ второстепенное, подчиненное мѣсто, сравнительно съ контролемъ судебнымъ.

Въ области административнаго права первое мѣсто занимаютъ отдѣльныя мѣры органовъ государственной власти въ защиту и въ поддержаніе какъ блага общаго, такъ и блага отдѣльныхъ лицъ. Чрезвычайное разнообразіе цѣлей обусловливаетъ здѣсь такое же разнообразіе формъ этой дѣятельности, и требуетъ столь же разнообразныхъ способовъ и средствъ для устраненія злоупотребленій. Невозможно, поэтому, охрану публичнаго права свести къ системѣ исковыхъ требованій или вообще къ какой-либо единой системѣ.

Нормы административнаго права могутъ быть сведены къ четыремъ главнымъ группамъ: 1) простыя, *безусловныя* требованія гражданскаго быта (einfache, unbedingte Gebote der bürgerlichen Ordnung), 2) относительно опредѣленныя или *условныя* велѣнія; 3) акты *содѣйствія* пра-

---

[1]) Ученіе объ административной юстиціи изложено Гнейстомъ главнымъ образомъ въ четырехъ сочиненіяхъ: 1) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreis-Ordnungen in Preussen. Berlin. 1859. 2) Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland. Berlin 1872. 2 Ausgabe 1879. 3) Докладъ Гнейста на XII съѣздѣ германскихъ юристовъ: Verhandlungen des XII deutschen Juristentages B. III. 1875. S. 222 und ff. 4) Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen. 3 nach deutscher System umgestaltete Auflage. Berlin. 1883 und 1885.

вительства осуществленію интересовъ подданныхъ и 4) нормы, регулирующія *внутренній* порядокъ административныхъ органовъ. Нормы первой группы охраняются полицейско-уголовной репрессіей. Къ охраненію нормъ третьей группы приложимъ одинъ только административный контроль, такъ какъ если подданный и тутъ можетъ имѣть «притязаніе» (Anspruch) на помощь со стороны государства, то во всякомъ случаѣ это не есть притязаніе на защиту правъ (Rechtsschutz). Тоже самое приложимо, какъ общее правило, и къ нормамъ, опредѣляющимъ внутренній порядокъ управленія. Не касаясь правъ частныхъ лицъ, онѣ не нуждаются даже въ обнародованіи. Судебный контроль можетъ тутъ имѣть мѣсто лишь въ видѣ исключенія, по отношенію къ нѣкоторымъ спорнымъ дѣламъ, касающимся дѣятельности лицъ, занимающихъ частныя должности въ мѣстномъ управленіи (Ehrenbeamtenthum). Но собственно кругъ вѣдѣнія административной юстиціи составляетъ охраненіе нормъ условныхъ. Къ разряду условныхъ нормъ относятся, во-первыхъ, полицейскія правила, недопускающія вполнѣ точнаго опредѣленія, и предоставляющія извѣстный просторъ усмотрѣнію административныхъ органовъ, и затѣмъ нормы, опредѣляющія порядокъ выдачи концессій.

Эта, такъ называемая, административная юстиція, есть только новое имя старой вещи. Дѣло идетъ о томъ, чтобы дать административнымъ рѣшеніямъ такую форму, которая-бы могла дать заинтересованнымъ тѣ-же гарантіи, какія даютъ обыкновенные суды. Но эти стремленія и учрежденія, установленныя въ виду такой цѣли, такъ-же стары какъ самое управленіе.

Началомъ административнаго права служило Königsbann. Германское правосознаніе противится всякимъ новымъ ограниченіямъ, вытекающимъ не изъ народнаго права, и мирится съ ними только съ тѣмъ, чтобы точно было извѣстно, къ чему каждый обязанъ и чтобы всѣ другіе были обязаны наравнѣ съ нимъ. Это повело къ раннему возникновенію общихъ правилъ, исходящихъ отъ государственной власти и относящихся до управленія, правилъ, которыя въ капитуляріяхъ образовали довольно полное административное право, прежде всего, право основывающееся на *указахъ*. Но такъ какъ важнѣйшія изъ нихъ измѣняли и народныя права, то явилась необходимость въ изданіи ихъ consensu optimatum, отсюда *административный законъ* [1]).

Юрисдикція въ административныхъ дѣлахъ уже въ средніе вѣка основывалась на другихъ началахъ, нежели jurisdictio ordinaria; они разрѣшались не шеффенами, а органами правительства (Obrigkeit), отъ котораго исходили самыя нормы административнаго права.

Въ силу этого сложилась юрисдикція чиновниковъ, подобная рим-

[1]) Verhandlungen des XII d. Juristentages B. III 1875. Докладъ Гнейста, S. 222.

ской judicium extraordinarium. Это всегда бываетъ, когда возникаетъ новое право, установляемое исключительно правительствомъ. Церковь, раньше создавшая новую законодательную и распорядительную власть, создала раньше и правительственную юрисдикцію: каноническій судъ есть въ значительной степени судъ административный. Если-бы церковь исключительно слѣдовала римскому образцу, она-бы отнесла эти дѣла къ imperium; установивъ и по отношенію къ нимъ формальную юрисдикцію, она сдѣлала уступку германскому народному духу. Каноническій процессъ послужилъ прототипомъ всѣмъ правительственнымъ, чиновническимъ юрисдикціямъ (Beamtenjurisdictionen), это видно изъ до сихъ поръ сохранившагося языка англійской и французской административно-судебной практики.

Подобный-же характеръ имѣла и административная юрисдикція имперская: въ имперскихъ камеральномъ и надворномъ судахъ вѣдались многія административныя дѣла, особенно въ послѣднемъ.

Но полное развитіе административная юрисдикція получила лишь въ территоріальномъ правѣ большихъ государствъ. Въ немъ развилась система 3-хъ инстанцій: 1) сословныя Orts und Bezirksbehörden; 2) провинціальныя камерколлегіи; и 3) тайный совѣтъ.

Къ началу XIX стол. форма судебная все болѣе исчезала какъ въ уголовномъ, такъ и въ административномъ процессѣ. Благодаря этому въ административной практикѣ контенціозное и текущее управленіе сливаются подъ общимъ именемъ «управленія».

При такихъ условіяхъ вводится въ нѣмецкихъ государствахъ конституціонное устройство, и положеніе управленія мѣняется совершенно, благодаря тремъ моментамъ.

1) Административныя учрежденія утратили мало по мало коллегіальность, независимость своихъ членовъ и ихъ земскій характеръ (Ständigkeit). Простота и скорость исполнительной дѣятельности дѣлается лозунгомъ времени. Къ тому-же министерская отвѣтственность требуетъ болѣе полнаго подчиненія имъ присутственныхъ мѣстъ.

2) Самое измѣнившееся положеніе министровъ—также имѣло свое вліяніе. Представительныя учрежденія вводятъ интересы партій общества въ правительственную сферу и, такимъ образомъ, сообщаютъ правительству духъ партій, что для иниціативы законовъ необходимо и неизбѣжно. Но интересы партій стремятся распространить это направленіе и на примѣненіе и толкованіе законовъ и превращаютъ все внутреннее управленіе въ орудіе партій.

3) Съ введеніемъ конституцій получили большое значеніе политическія права, политическій статусъ гражданъ, для чего требуется юрисдикція, представляющая достаточно гарантій.

Все это дѣлаетъ необходимымъ реформу, и именно:

1) отдѣленіе чистаго управленія отъ рѣшенія спорныхъ административныхъ дѣлъ.

2) для чистаго управленія требуется сокращеніе инстанцій, энергія бюрократической организаціи, строгое іерархическое подчиненіе.

3) для судебной функціи необходима коллегіальная система, съ независимыми членами.

Что касается порядка инстанцій, то тутъ слѣдуетъ принять обновленную систему трехъ инстанцій.

Этимъ путемъ, по мнѣнію Гнейста, можно найти средство противъ недостатковъ конституціоннаго управленія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ требуется дать новое основаніе для отношеній между обществомъ и государствомъ, а именно: представлять *интересы* общественныхъ классовъ въ законодательныхъ собраніяхъ, и осуществлять *обязанности* ихъ въ управленіи и судѣ.

Но въ самой природѣ дѣла лежатъ причины того, что такая реформа управленія находитъ себѣ, и даже въ средѣ юристовъ, противодѣйствіе. Дѣло въ томъ, что наши теоретическія основанія суть не болѣе какъ положенія общей части пандектъ, но притязующія на общее значеніе.

Весь образъ и порядокъ мысли остается и въ практикѣ гражданско-правовымъ, нѣсколько дополненымъ лишь занимающимъ второстепенное мѣсто уголовнымъ правомъ. Изъ этого понятно, что юристъ видитъ судебное дѣло только тамъ, гдѣ нарушаются субъективныя права. Поэтому и административную юстицію допускаютъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ о публично-правовыхъ индивидуальныхъ правахъ. Во всѣхъ другихъ случаяхъ имѣется мѣсто не для иска, а только для жалобы.

Искъ только тамъ, гдѣ нарушаются законныя границы и формы. Напротивъ, гдѣ въ предѣлахъ закона и въ законныхъ формахъ управленіе осуществляется несправедливо, въ духѣ партіи и несогласно со смысломъ закона—тамъ можетъ имѣть мѣсто только *жалоба*.

Это различіе между искомъ и жалобой имѣетъ очень важное значеніе и, вѣроятно, составитъ центръ всего спора. Mutatis mutandis, оно находитъ себѣ параллель въ nullitas и iniquitas процесса общаго права. Это воззрѣніе стоитъ несомнѣнно въ извѣстной связи съ воззрѣніемъ Шталя и Цахаріи (H. A.),—и оно имѣетъ всѣ данныя для широкаго распространенія: оно вполнѣ соотвѣтствуетъ пандектнымъ воззрѣніямъ.

Разъ къ административной юстиціи относятся лишь такія дѣла, которыя соотвѣтствуютъ понятіямъ пандектнаго права, она легко можетъ быть пріурочена къ обыкновеннымъ судамъ. Зачѣмъ еще особые суды? Нуженъ развѣ только кассаціонный административный судъ—какъ въ Австріи, а то и безъ него обойтись можно—какъ въ Италіи.

Если прибавить къ этому, что теорія различенія иска и жалобы со-

отвѣтствуетъ наклонностямъ чиновничества, направленію времени къ расширенію свободнаго управленія, склонности заботиться только о собственныхъ правахъ—то успѣхъ ея сдѣлается вполнѣ понятенъ.

Тѣмъ не менѣе это воззрѣніе на взглядъ Гнейста ошибочно.

Административное право и теперь, какъ и прежде, есть совокупность нормъ, опредѣляющихъ осуществленіе государственной власти, исходящихъ только отъ государства, существующихъ только чрезъ и въ государствѣ. Согласное со смысломъ закона и безпристрастное исполненіе этихъ нормъ есть обязанность и право правительства. Всякая неправильность должна быть исправляема въ этой сферѣ ex officio и уже потому тутъ не примѣнимо состязательное начало. Дѣло идетъ здѣсь объ объективномъ правопорядкѣ, долженствующемъ быть поддерживаемымъ и независимо отъ воли сторонъ заинтересованныхъ.

Правомѣрное осуществленіе власти не сводится къ механической дѣятельности, какъ это ошибочно думали, руководствуясь буквальнымъ значеніемъ слова исполненіе. И у подчиненныхъ чиновъ есть доля дискреціонной власти. Распорядительная власть постановляетъ самостоятельныя сужденію о томъ, что согласно со смысломъ закона и соотвѣтствуетъ цѣли государства. Въ этомъ смыслѣ административная декретура, есть уже юрисдикія, почему она такъ и называется въ англійскомъ правѣ, что есть лишь продолженіе канонической терминологіи.

Какимъ образомъ при этихъ условіяхъ возможно состязаніе сторонъ? Точно также, какъ и въ уголовномъ процессѣ, рядомъ съ обязанностью правительства является право заинтересованной стороны. Опытъ показываетъ, что дѣятельность контролирующихъ и надзирающихъ высшихъ инстанцій никогда недостаточна для обезпеченія законномѣрнаго осуществленія власти, ибо поводъ къ злоупотребленіямъ является ежедневно въ тысячѣ такихъ пунктовъ, куда не проникаетъ взоръ никакой инспекціи. Необходимо поэтому содѣйствіе заинтересованныхъ сторонъ. Онѣ уполномочены въ imploratio officio judicis въ смыслѣ каноническаго процесса. Вопросъ легитимаціи къ иску въ данномъ дѣлѣ не могъ предоставлять затрудненій, ибо дѣло шло лишь объ иниціативѣ, а самое исправленіе должно было совершиться ex officio.

Право жалобы, конечно, составляетъ индивидуальное право и ведетъ къ тому, что субъектъ его получаетъ въ процессѣ значеніе стороны. Но это право стороны имѣетъ лишь второстепенное значеніе, подобно положенію стороны обвиняемой и обвиняющей въ уголовномъ процессѣ.

Права жалобы не суть самостоятельныя права, какъ наприм., собственность, а выводимыя изъ велѣній государства, съ цѣлью обезпеченія правомѣрности осуществленія государственной власти. Но второстепенную, выводную сторону дѣла нельзя дѣлать основаніемъ административной юстиціи, иначе административное право разрѣшится въ отдѣльныя

исковыя права частныхъ лицъ противъ правительства, что также невозможно, какъ уголовный процессъ разрѣшать въ отдѣльныя обвиненія прокурора и отдѣльныя защиты обвиняемыхъ. Эта односторонность основывается на привычкѣ разсматривать всякій процессъ, какъ гражданскій процессъ.

Для вѣрнаго пониманія вопроса необходимо обратить вниманіе на слѣдующія три основныя положенія.

1) Въ административномъ правѣ невыполнимо различеніе между опредѣленіемъ границъ, предѣловъ и мѣры (Grenz und Maszbestimmungen). Въ области полицейскаго управленія это различеніе особенно непримѣнимо, такъ какъ по отношенію къ полицейскимъ приказамъ и рѣшеніямъ (Verfügungen und Resolute) опредѣленіе мѣры есть вмѣстѣ и опредѣленіе предѣловъ. Напр., если полиція имѣетъ право устранять накопленіе веществъ, вредныхъ здоровью, то она можетъ, затѣмъ, ябедническимъ образомъ осуществлять это право, не зная никакой мѣры и тѣмъ стѣснить до крайности свободу любого гражданина, ибо въ каждомъ жилищѣ по необходимости находятся такія вещества въ какомъ-нибудь размѣрѣ. Точно тоже и съ правомъ требовать исправленія дороги: ибо нѣтъ совершенной дороги; не соблюдая мѣръ въ такихъ поправкахъ, можно разорить кого угодно. Словомъ, если административный судъ долженъ ограничиться вѣдѣніемъ нарушеній опредѣленныхъ закономъ границъ власти, то онъ не даетъ защиты въ самыхъ страшныхъ злоупотребленіяхъ власти.

2) Различеніе административнаго иска и административной жалобы ведетъ къ стѣсненію и ограниченію юридической охраны именно въ тѣхъ сферахъ управленія, гдѣ въ ней есть надобность при конституціонномъ управленіи. Центръ тяжести партіознаго управленія заключается именно въ томъ, что мѣра вмѣшательства и невмѣшательства, стѣсненія и нестѣсненія индивидуальныхъ правъ, опредѣляется сообразно видамъ партіи. Къ тому же нарушеніе законныхъ границъ подпадаетъ большею частью вѣдѣнію обыкновенныхъ судовъ.

3) Наконецъ, послѣднимъ доводомъ служитъ опытъ всѣхъ доселѣ испробованныхъ системъ административной юрисдикціи. Въ Германіи, какъ въ имперскихъ, такъ и въ территоріальныхъ правахъ, никогда не дѣлалось этого различія между искомъ и жалобой. Тоже самое и въ Англіи. Даже и во Франціи contentieux не ограничиваются случаями нарушенія законныхъ границъ. Баденскій и прусскій законы говорятъ то объ искахъ, то объ жалобахъ, но систематическаго различенія ихъ не проводятъ и административнымъ судамъ предоставляются ими не одни нарушенія законныхъ границъ. Какъ въ гражданскомъ и уголовномъ, такъ и въ административномъ процессѣ, практика должна имѣть большое значеніе.

Всѣ эти три довода можно свести къ одному. Новая теорія (Штейна) исходитъ изъ того положенія, будто о судѣ можно говорить только тамъ, гдѣ нарушаются границы и формы, опредѣленныя закономъ. Все остальное относится въ вопросамъ техническимъ. Но между этими двумя областями лежитъ еще третья область дѣятельности правительственныхъ органовъ, которая формально и совершается въ законныхъ границахъ, но въ интересахъ партіи смыслъ закона обращается одному въ выгоду, а другому въ ущербъ (iniquitas). И эта область составляетъ существеннѣйшую часть административной юрисдикціи.

И такъ, въ результатѣ, Гнейстъ приходитъ къ слѣдующимъ положеніямъ:

Такъ называемая административная юрисдикція есть дальнѣйшее развитіе правительственныхъ учрежденій въ коллегіальную форму, съ независимыми членами. Это требуется не для обезпеченія законности, а для обезпеченія управленію свободы отъ вліянія партій (справедливое соблюденіе мѣры) въ конституціонномъ государствѣ. Компетенція обыкновенныхъ судовъ остается при этомъ не уменьшенной. Они рѣшаютъ всѣ коллизіи управленія и частно-правовыхъ титуловъ въ гражданскомъ процессѣ, имъ подсудны всѣ преступленія—въ уголовномъ. И эта компетенція можетъ быть еще распространена на всѣ политическія личныя права (status) и другіе вопросы, гдѣ дѣло идетъ только о формахъ и границахъ, опредѣленныхъ закономъ (напр. о законности податнаго обложенія).

Но всеобъемлемый, полный контроль надъ законностью и безпристрастностью управленія можетъ быть порученъ только административнымъ коллегіямъ съ независимыми членами и съ формальной процедурой.

Поэтому, для поддержанія охраненія (Aufrechthaltung) публичнаго права Германіи, требуется рядомъ съ обыкновенными судами, еще дополнительная система административной юрисдикціи для случаевъ неправомѣрнаго и несправедливаго осуществленія права государственной власти.

Главный, существенный пунктъ въ ученіи Гнейста заключается въ томъ, что онъ не ограничиваетъ судебную охрану публичныхъ правъ однимъ только соблюденіемъ установленныхъ закономъ границъ и формъ, а распространяетъ ее также и на соблюденіе должной, какъ онъ выражается, мѣры въ дѣйствіяхъ администраціи. Это весьма важный шагъ въ послѣдовательномъ развитіи нѣмецкой теоріи административной юстиціи. Этимъ Гнейстъ рѣшительно отвергаетъ ограниченіе судебной охраны публичнаго права только тѣми правами, которыя подобны частнымъ и, такимъ образомъ, первый рѣшается быть послѣдовательнымъ въ развитіи основнаго положенія.

Онъ утверждаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, что такое расширеніе судебной

охраны публичнаго права возможно только подъ условіемъ отсутствія разграниченія административныхъ исковъ и жалобъ. Можетъ быть, съ практической точки зрѣнія, въ настоящее именно время такое разграниченіе было бы и неудобно, и нежелательно. Въ силу долгой привычки, сложившейся подъ вліяніемъ прежнихъ ученій, слишкомъ ограничивать сферу примѣнія судебной охраны въ публичномъ правѣ, раздѣленіе исковъ и жалобъ повело бы теперь, вѣроятно, къ слишкомъ узкому понятію административнаго иска. Эти практическія соображенія не могутъ однако опредѣлить собою общаго теоретическаго рѣшенія вопроса. А различіе между искомъ и жалобой такъ существенно, что возводить въ принципъ ихъ смѣшеніе воедино—рѣшительно невозможно. Нормы для рѣшенія, самое содержаніе ни рѣшенія, его сила и значеніе—все это такъ различно при искѣ и жалобѣ, что соединеніе ихъ можно допустить лишь какъ необходимое зло.

Разсмотрѣніе иска есть обязанность, разсмотрѣніе жалобы—дѣло милости. Искъ обсуждается по началамъ права, жалоба—по соображеніямъ удобства, цѣлесообразности. Рѣшеніе постановленное по иску всегда содержитъ въ себѣ констатированіе правъ, рѣшеніе по жалобѣ можетъ оставить вопросъ о правѣ совершенно не затронутымъ. Рѣшеніе по иску имѣетъ законную силу, рѣшеніе по жалобѣ не можетъ имѣть такого значенія. По всему этому не проводить различія между искомъ и жалобой въ теоретическомъ построеніи невозможно.

Быть можетъ положеніе, занятое въ этомъ вопросѣ Гнейстомъ, объясняется тою неопредѣленностью, какая замѣчается въ его объясненіяхъ выставленнаго имъ понятія «должной мѣры». Онъ ограничивается одними примѣрами, да сравненіемъ съ каноническимъ понятіемъ aequitatis. Отъ «стараго пандектикста», какъ себя гдѣ-то называетъ Гнейстъ, можно бы было ожидать большей точности и опредѣленности. Не опредѣливъ съ достаточной точностью этого кореннаго для всего ученія вопроса, онъ не могъ, конечно, и точно обозначить предѣлъ судебнаго контроля административной дѣятельности, и пришелъ къ признанію невозможности строгаго разграниченія административнаго иска и жалобы. Послѣдующая литература вопроса мало что прибавила къ сдѣланному Гнейстомъ, хотя нѣтъ недостатка въ новыхъ теоріяхъ. Такъ, мы можетъ указать, прежде всего, на теоріи Резлера и Сарвея, старающихся развить далѣе ученіе объ административной юстиціи въ направленіи, указанномъ Гнейстомъ.

Вопросъ объ административной юстиціи распадается по мнѣнію Резлера [1]) на два: 1) что такое административныя дѣла и 2) въ какомъ

---

[1]) H. Rösler, Lehrbuch des deutchen Verwaltungsrechts, B. I, 1873, § 13. Ueber Verwaltungsgerichtsbarkeit. Grünhuts Zeitschrift 1874, Abhandl № VII, S. 181.

отношеніи стоитъ юрисдикція въ административныхъ дѣлахъ къ управленію вообще?

Такъ какъ въ управленіи дѣйствуютъ согласно юридическимъ началамъ, то нельзя утверждать, будто бы управленіе отличается отъ юстиціи тѣмъ, что имѣетъ дѣло только съ интересами и соображеніями цѣлесообразности. Напротивъ и административныя дѣла суть правовыя дѣла (Rechtssachen). Противоположный взглядъ, по которому административныя дѣла отличаются отъ правовыхъ, исторически объясняется тѣмъ, что управленіе отождествлялось первоначально съ полиціей и полицейскіе законы были не полны, недостаточны, оставляли многое произволу полицейскихъ властей, да при томъ же опредѣляли не столько права подданныхъ, сколько порядокъ дѣйствія этихъ же властей, въ виду большей успѣшности и цѣлесообразности ихъ мѣропріятій.

Этотъ взглядъ, по которому право для управленія служитъ только внѣшней границей, теперь можетъ быть признанъ уже устарѣвшимъ. Современная правовая жизнь требуетъ, чтобы управленіе не только ограничивалось правомъ, но и основывалось на немъ. Если правительственная власть есть дискреціонная, судебная не можетъ дать противъ нея защиту, ибо сама не есть болѣе ея дискреціонная. И притомъ, по такому возрѣнію положеніе правительства какъ разъ приравнивается къ положенію отдѣльныхъ частныхъ лицъ, для которыхъ право именно не болѣе какъ внѣшняя граница, въ предѣлахъ которой они свободно руководятся собственными интересами. Но тутъ опускается изъ виду важное количественное различіе интересовъ.

Строго говоря, существуютъ только интересы отдѣльныхъ людей. Различіе частныхъ и общественныхъ интересовъ основывается на различіи способовъ осуществленія. Когда образуются правила, которыя обязательны для всѣхъ и поддерживаются общественными органами, то сначала они суть не какъ болѣе правила цѣлесообразности, благоразумія, какъ ихъ понимаетъ суверенъ, но со временемъ они дѣлаются юридическими нормами.

Управленіе, имѣющее дѣло не съ частными, а общими интересами, относится къ публичному праву.

Тѣмъ, что административныя дѣла относятся къ публичному праву, они отличаются отъ судебныхъ (Justizsachen), которыя принадлежатъ или къ уголовному праву, о которомъ далѣе не будетъ рѣчи, или къ гражданскому праву.

Прежніе писатели видѣли признакъ, критеріумъ, административныхъ дѣлъ въ проявленіи верховности, Staatshoheit.

Подобнымъ же образомъ послѣдующіе за ними опредѣляли административныя дѣла какъ проявленіе государственной власти, для осуще-

ствленія государственной цѣли. Стоя на такой почвѣ Цахарія (H. A.) могъ утверждать, что управлять по началамъ права—безмыслица.

Кто не сходитъ съ такой почвы и вмѣстѣ говоритъ объ юридической охранѣ управляемыхъ противъ противозаконнаго осуществленія административной власти, и даже притомъ обыкновеннымъ порядкомъ гражданскаго суда, тотъ впадаетъ въ явное и неразрѣшимое самопротиворѣчіе, ибо какъ могутъ суды рѣшать по правиламъ цѣлесообразности и благоразумія, хотя бы они случайно и облечены были въ форму закона?

Для того, чтобы получить истинное понятіе объ административномъ правѣ, нужно вовсе отринуть этотъ взглядъ, по которому управленіе есть осуществленіе государственной власти въ такой сферѣ, гдѣ невозможно субъективныя права отдѣльныхъ лицъ. Въ дѣйствительности культура и общее благо есть продуктъ не государственной опеки, а народной дѣятельности; частныя лица не объекты, а субъекты управленія. Вся культурная дѣятельность есть дѣятельность людей. Но они могутъ или оставаться въ предѣлахъ индивидуальной сферы, или вступить въ сферу общественную. Въ послѣднемъ случаѣ реализація цѣлей культурной дѣятельности совершается съ помощью особыхъ органовъ, которые можно свести къ тремъ группамъ: 1) государство, 2) корпораціи, 3) общества и союзы. Совокупная дѣятельность этихъ органовъ для культурныхъ цѣлей есть управленіе, а юридическій порядокъ этой дѣятельности—административное право. Но такъ какъ культурныя отношенія, составляющія область управленія, суть въ дѣйствительности отношенія отдѣльныхъ людей, то понятно и въ сферѣ управленія имѣются субъективныя права индивидовъ.

Стоящая рядомъ съ субъективнымъ осуществленіемъ правъ дѣятельность органовъ управленія весьма разнообразна. Она можетъ состоять: 1) въ надзорѣ, 2) въ ограниченіи, 3) въ опредѣленіи способа осуществленія, 4) въ запрещеніи извѣстныхъ проявленій индивидуальной воли, 5) въ конкуренціи, иногда исключительной. Такова классификація, предлагаемая Резлеромъ въ своемъ учебникѣ административнаго права. Въ статьѣ объ административной юстиціи онъ сводитъ все это къ тремъ формамъ: 1) надзоръ, 2) опредѣленіе порядка осуществленія и 3) конкуренція. Все это только формы исполненія (Vollziehung) и такимъ образомъ въ управленіи слѣдуетъ различить два общія понятія: 1) право въ субъективномъ смыслѣ и 2) исполненіе. Гдѣ право и исполненіе субъективно разъединены, т. е. предоставлены разнымъ субъектамъ, тамъ имѣется административное дѣло, гдѣ и то, и другое совпадаетъ въ одномъ лицѣ—судебное дѣло, Justizsache. По этому къ административнымъ дѣламъ относятся:

1) юридическія отношенія частныхъ лицъ между собой, которыя на-

ходятъ свое основаніе и разрѣшеніе въ правовыхъ началахъ общества, напр. споры по отношеніямъ съ прислугой, водопользованію и проч.;

2) юридическія отношенія частныхъ лицъ къ исполнительнымъ органамъ, и

3) отношенія этихъ органовъ между собой.

Обращаясь ко второму вопросу, Резлеръ прежде всего замѣчаетъ, что исполненіе имѣетъ двоякій характеръ: оно покоится частью на рѣшеніи юридическихъ, частью техническихъ вопросовъ. Въ послѣднемъ отношеніи исполнительные органы предоставлены или исключительно собственному сужденію. или связаны соучастіемъ свѣдущихъ людей. Рядомъ съ этимъ свободнымъ теоретическимъ управленіемъ, исполнительная дѣятельность состоитъ въ примѣненіи юридическихъ началъ, но только началъ административнаго права. Судебное рѣшеніе при этомъ можетъ быть или разрѣшеніемъ неспорнаго административнаго дѣла или спорнаго, или наконецъ, осуществленіемъ административной карательной власти въ административныхъ (полицейскихъ) проступкахъ.

Все это есть дѣло самой администраціи, какъ часть исполненія.

Передавать окончательное рѣшеніе этихъ дѣлъ судамъ нѣтъ основанія, такъ какъ администрація и юстиція двѣ совершенно различныя сферы дѣятельности, всегда долженствующія оставаться раздѣленными.

Ссылка сторонниковъ противоположнаго мнѣнія на то, что только одна судебная власть призвана рѣшать юридическіе вопросы, страдаетъ petitione principii: если есть различныя права, различные способы исполненія, то почему не быть и различнымъ юрисдикціямъ? Примѣръ Англіи ничего не доказываетъ. Предоставленіе въ ней судамъ вѣдѣнія и дѣлъ управленія, объясняется частью ея общимъ консерватизмомъ, частью тѣмъ, что въ ней еще до сихъ поръ сохраняется сословный строй общества.

Но этимъ не исключается существованіе особыхъ органовъ административнаго суда. Судебная функція и въ административныхъ дѣлахъ имѣетъ свои особенности. Но юридическое рѣшеніе неразрывно связано въ этихъ дѣлахъ съ техническимъ, и самое спорное толкованіе законовъ— съ матеріальнымъ содержаніемъ конкретныхъ юридическихъ отношеній.

Вся эта какъ-то искуственно построенная теорія ничего не прибавляетъ къ выясненію дѣла. Непонятно, зачѣмъ понадобилось Резлеру установить своеобразное и довольно туманное понятіе «исполненіе», получающее у него совершенно другой смыслъ, чѣмъ какой придается ему обычнымъ словоупотребленіемъ. Ничего не объясняетъ также проводимое имъ различіе между случаями совпаденія и разъединенія исполненія и субъективнаго права, потому что онъ не указываетъ вовсе какая же связь между «субъективнымъ разъединеніемъ субъективнаго права и исполненія», и невозможностью отдѣлить вопросы права отъ

техническихъ вопросовъ, почему въ случаѣ «субъективнаго разъединенія» такое отдѣленіе возможно. Анализъ понятія административнаго дѣла оказывается у него самъ по себѣ, а поводы относительно отношенія административной юстиціи къ активному управленію—тоже сами по себѣ. Между тѣмъ и другимъ нѣтъ никакой логической связи. Такимъ образомъ, положеніе его о невозможности отдѣлить въ управленіи технические вопросы отъ юридическихъ, оказывается совершенно голословнымъ.

Къ этому же направленію относится и изслѣдованіе Сарвея «Публичное право и административная юстиція» [1]).

Книга эта есть самый подробный трактатъ по нашему вопросу во всей нѣмецкой литературѣ, и для ознакомленія съ германскимъ положительнымъ законодательствомъ она представляется весьма полезной. Но теоретическая сторона книги не можетъ быть поставлена высоко. Авторъ, правда, даетъ свою новую теорію административной юстиціи, отличающуюся притомъ большой полнотой, такъ какъ въ ней затронуты всѣ выдвинутые предшествующей литературой вопросы. Но внутреннее ея достоинство невелико.

Публичное право, говоритъ Сарвей, представляетъ ту особенность, что осуществленіе его мыслимо только посредствомъ дѣятельности органовъ воли государства. Этимъ не исключается возможность нарушенія публичнаго права, такъ какъ органами осуществляющими его являются все таки отдѣльныя лица, хотя и надѣленныя особою властью. Но во первыхъ, случаи нарушенія этой отрасли права болѣе рѣдки нежели нарушенія гражданскаго права и преступленія, такъ какъ осуществленіе публичнаго права обставлено цѣлымъ рядомъ условій, предупреждающихъ право нарушенія. Во вторыхъ, при каждомъ нарушеніи публичнаго права слѣдуетъ различать два существенно различныхъ случая:—нарушеніе той части административнаго права, которая имѣетъ непосредственнымъ предметомъ охраненіе общественнаго интереса (инструкціи) и той части, задача которой заключается въ обезпеченіи правовой сферы индивидовъ отъ нарушеній ихъ правъ со стороны публичной власти. Административные органы также призваны къ охраненію общественнаго интереса, какъ судъ къ отправленію правосудія. Предоставить судамъ контроль надъ управленіемъ въ этомъ отношеніи, не имѣло бы никакого основанія и извратило бы весь государственный порядокъ. Это значило бы предполагать на сторонѣ судей преимущество въ умственномъ и нравственномъ отношеніи, къ чему мы не имѣемъ фактически права. Нельзя также ссылаться на то, что юридическій по-

---

[1]) Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.

рядокъ былъ бы лучше обезпеченъ, если бы судья, въ качествѣ третьяго лица, контролировалъ дѣятельность администраціи «*потому что* исходя изъ этого пришлось бы возвратиться въ судебномъ процессѣ къ системѣ трехъ инстанцій, всѣми теперь оставленной»(!). Къ тому же многократная повѣрка правильности дѣйствій администраціи вполнѣ достигается организаціей правъ административной жалобы. Право жалобы и петицій и отвѣтственность министровъ представляютъ полную и единственно возможную гарантію соблюденія администраціей права въ отношеніи къ общественному порядку.

Но точно также и другая сторона публичнаго права, — разграниченіе власти и индивидуальной правовой сферы, — находитъ себѣ гарантію въ самой организаціи административныхъ органовъ. Осуществленіе воли государственной власти, вторгающейся въ индивидуальную правовую сферу, вовсе не требуетъ непремѣнно рѣшенія суда, опредѣляющаго границы этого вторженія. Существо публичной власти въ томъ и состоитъ, что ея приказъ, совершенно также какъ и судебный приговоръ, въ отношеніи къ отдѣльному лицу является обязательнымъ и подлежитъ принудительному осуществленію. Каждый административный органъ осуществляетъ поэтому юрисдикцію и долженъ ее осуществлять. Никакое государство и никакое законодательство не можетъ отнять у нихъ этого права. Вопросъ лишь въ томъ, не слѣдуетъ ли *рядомъ* и *надъ* этой административной юрисдикціей, организовать еще судебное разбирательство подлежащихъ ей дѣлъ.

Извѣстные интересы частныхъ лицъ охраняются законодателемъ безусловно, даже и въ отношеніи къ органамъ государственной власти. Слѣдовательно, законодатель въ этихъ случаяхъ требуетъ, чтобы воля административныхъ органовъ лишь на столько находила себѣ осуществленіе, насколько она согласна съ этими правами отдѣльныхъ лицъ. Съ другой стороны, невозможно, чтобы каждое притязаніе частнаго лица, опирающееся на предполагаемое нарушеніе его права, останавливало дѣятельность администраціи. Эти противоположныя требованія согласуются такимъ путемъ: что, съ одной стороны, государственная власть управомочена, въ случаѣ надобности, силою принуждать отдѣльное лицо къ исполненію ея предписаній; съ другой — частное лицо съ его возраженіями, опирающимися на нарушеніе его субъективнаго права, имѣетъ право быть выслушаннымъ компетентнымъ учрежденіемъ, окончательно рѣшающимъ спорный вопросъ. Но рѣшеніе такихъ вопросовъ о предполагаемомъ правонарушеніи есть юрисдикція — отправленіе правосудія, существенно отличное отъ управленія. Исходнымъ пунктомъ для пониманія юрисдикціи публичнаго права является, поэтому, противоположеніе не частнаго и публичнаго права, а правосудія и управленія. Различіе того и другого не зависитъ отъ того, какимъ

органамъ предоставлены эти функціи. Они различаются другъ отъ друга цѣлью и дѣйствіемъ. Задача управленія не въ томъ, чтобы опредѣлить право въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, а въ достиженіи матеріальной цѣли. Правосудіе, напротивъ, имѣетъ въ виду исключительно установленіе права. Поэтому безъ юрисдикціи частное право не можетъ найти себѣ осуществленія. Такъ какъ администрація въ своей дѣятельности не только стремится къ осуществленію общественнаго интереса, но и разрѣшаетъ вопросъ о границѣ индивидуальныхъ правъ, то она этимъ самымъ отправляетъ правосудіе. По дѣйствію своему правосудіе и управленіе различаются тѣмъ, что судебный приговоръ установляетъ юридическое отношеніе окончательно, административный же актъ всегда можетъ быть измѣняемъ. Этимъ доказывается возможность и необходимость юрисдикціи публичнаго права [1]).

Но другой вопросъ, какимъ органамъ слѣдуетъ предоставить отправленіе этой юрисдикціи? Сарвей высказывается въ пользу отдѣленія этой юрисдикціи отъ активнаго управленія, и требуетъ, по крайней мѣрѣ въ высшей инстанціи, предоставленіе ея независимымъ коллегіямъ [2]).

Затѣмъ остается отграничить эту юрисдикцію, съ одной стороны, отъ гражданской, съ другой — отъ активнаго управленія, допускающаго только жалобы, а не иски. Всѣми признано теперь, что гражданскій судъ вѣдаетъ споры о гражданскихъ правахъ, административный — о публичныхъ. Все дѣло, поэтому, въ томъ, чтобы опредѣлить границы гражданскаго права. Сарвей относитъ къ нему всѣ имущественныя права [3]) и изъ неимущественныхъ — семейныя. Но отнесеніе имущественныхъ правъ къ гражданскому праву допускаетъ два исключенія. Во-первыхъ, имущественное право не относится къ частному праву тогда, когда оно заключается въ регулируемыхъ публичнымъ правомъ (!?) отношеніяхъ, въ которыхъ государство и государствомъ признанныя корпораціи стоятъ другъ къ другу и къ отдѣльнымъ лицамъ [4]). Во-вторыхъ, имущественные интересы и права могутъ быть ограничиваемы въ общественномъ интересѣ, ибо публичное право проявляетъ свое

---

[1]) L. c, § 7. «Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts».

[2]) L. c. § 8. «Die Organisation der Rechtsprechung des öffentlichen Rechts».

[3]) L. c. § 103. Alle Rechte welche einen Geldwerth in sich selbst haben sind geschüzte Privatinteressen, weil sie das Vermögen des Einzelnen bilden; jeder Eingriff in solche ist ein Eingriff in die Privatrechtssphäre der Persönlichkeit.

[4]) Wenn ein vermögensrechtlicher Anspruch die Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten, genossenschaftlichen Beziehungen ist, in welchen der Staat und die vom Staate anerkannten Korporationen zu den Einzelnen und zu einander stehen, kann das subjektive Recht nicht als Privatrecht bezeichnet werden.

дѣйствіе также на имущественной сферѣ. Оно ограничиваетъ, уничтожаетъ и создаетъ имущественныя права и насколько такое дѣйствіе является предметомъ спора, споръ этотъ рѣшается не гражданскимъ, а административнымъ судомъ, такъ какъ тутъ рѣчь идетъ не о частномъ правѣ, а о томъ, должно ли оно и насколько быть стѣсняемо въ общественномъ интересѣ.

Такимъ образомъ, къ компетенціи административнаго суда относятся всѣ субъективныя права, которыя не суть имущественныя или семейныя, а также и имущественныя, когда является столкновеніе имущественнаго права съ общественнымъ интересомъ. Что же касается разграниченія административной юстиціи отъ активнаго управленія, то оно опредѣляется тѣмъ, что юстиція имѣетъ дѣло только съ правами, а не съ интересами [1]).

Недостатки этой теоріи Сарвея ясны съ перваго взгляда. Прежде всего, совершенно несостоятельнымъ представляется его исходное положеніе, которымъ онъ обосновываетъ самое существованіе административной юстиціи. Управленіе, говоритъ онъ, необходимо соединяется съ юрисдикціей, такъ какъ администрація не только осуществляетъ общественный интересъ, но вмѣстѣ и рѣшаетъ вопросъ о разграниченіи его съ индивидуальными правами. Но если такъ понимать юрисдикцію, то придется допустить, что каждое частное лицо также отправляетъ юрисдикцію. Каждое частное лицо точно также не только осуществляетъ свои интересы, но и рѣшаетъ также вопросы о разграниченіи своихъ правъ съ правами другихъ частныхъ лицъ и государствъ. Подъ юрисдикціей разумѣется не всякое разрѣшеніе вопросовъ о правѣ, а только совершаемое съ авторитетомъ, признаваемое, потому, обязательнымъ для заинтересованныхъ сторонъ. Весь вопросъ въ томъ и заключается, слѣдуетъ ли предоставлять администраціи такой авторитетъ, слѣдуетъ ли дѣлать ея рѣшенія вопросовъ о правѣ обязательными? Сарвей же вмѣсто того пространно доказываетъ, что фактически администрація постоянно рѣшаетъ для себя вопросы о правѣ, — фактъ совершенно безспорный, но вмѣстѣ съ тѣмъ неимѣющій никакого юридическаго значенія.

По двумъ другимъ главнѣйшимъ вопросамъ Сарвей также не даетъ удовлетворительнаго разъясненія. Разграниченіе иска и жалобъ онъ обосновываетъ различіемъ права и интереса, вовсе не считая при этомъ нужнымъ опредѣлить, выяснить это различіе. Разграниченіе административнаго и гражданскаго иска онъ сводитъ, въ духѣ новѣйшихъ нѣмецкихъ теорій, къ различію публичнаго и частнаго права, прямо

---

[1]) L. c. § 9. Die der Rechtssprechung des öffentlichen Rechts unterliegenden Rechtsverhältnissen, etc.

противополагая такой взглядъ несостоятельному, по его мнѣнію, французскому. Но въ развитіи этого положенія онъ приходитъ къ такимъ выводамъ, которые прямо противорѣчатъ основному положенію. Къ компетенціи административнаго суда онъ относитъ не только разрѣшеніе споровъ о публичныхъ правахъ, но и о частныхъ имущественныхъ, если только дѣло заключается въ стѣсненіи этихъ правъ въ общественномъ интересѣ. Но вѣдь администрація, какъ представительница общественной власти, всегда предполагается дѣйствующей въ общественномъ интересѣ и, слѣдовательно, всякое нарушеніе частнаго права дѣйствіемъ администраціи подвѣдомо административному суду. А это и есть какъ разъ то, что признается французской теоріей, съ пренебреженіемъ отвергаемой Сарвеемъ. И въ результатѣ оказывается неизвѣстнымъ, чѣмъ же опредѣляется компетенція административнаго суда: свойствомъ ли нарушеннаго права или свойствомъ правонарушительнаго дѣйствія?

Такимъ образомъ и эта попытка создать полную и послѣдовательную теорію административной юстиціи, на почвѣ противоположенія частнаго и публичнаго права, не можетъ быть признана удовлетворительной. Отсутствіе послѣдовательно выработанной теоріи не могло не вызвать въ литературѣ попытокъ возвратиться къ старымъ теоріямъ. Такъ, Шмиттъ [1]) возвращается въ своемъ ученіи объ административной юстиціи къ той же, въ сущности, точкѣ зрѣнія, которой держался Бэръ. Теорія Шмитта сводится къ слѣдующимъ основнымъ положеніямъ.

Такъ какъ человѣкъ есть не только индивидъ, но и членъ человѣческаго рода, то и цѣли его дѣятельности частью особыя, индивидуальныя, частью общія съ другими людьми. Отсюда и отношенія между людьми бываютъ двоякаго рода. Осуществленіе особыхъ, индивидуальныхъ цѣлей ведетъ къ установленію кратковременныхъ, преходящихъ отношеній между отдѣльными личностями. Осуществленіе общихъ человѣческихъ цѣлей ведетъ къ соединенію людей въ постоянныя общенія. Первыя отношенія — частныя, послѣднія — публичныя. Различіе это, впрочемъ, чисто формальное. Нельзя по самому ихъ содержанію раздѣлить цѣли на индивидуальныя и общія. Различіе это зависитъ отъ способа, формы ихъ осуществленія. Одну и ту же, по содержанію, цѣль, я могу разсматривать и какъ свою особенную, индивидуальную, и какъ общую съ другими. Когда я осуществляю данную цѣль какъ свою особенную, только для себя, я являюсь полнымъ хозяиномъ въ выборѣ средствъ и распоряженіи ими. Когда я соединяюсь съ другими людьми для осуществленія данной цѣли, какъ общей всѣмъ намъ, моя

---

[1]) Schmitt. Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege im constitutionell-monarchishen Staat, Stuttgart. 1878.

свобода ограничивается волею другихъ участниковъ. Но этимъ не ограничивается различіе частныхъ и публичныхъ отношеній. Такъ какъ въ публичныхъ отношеніяхъ является общая многимъ цѣль, то въ нихъ обыкновенно выдѣляется одно или нѣсколько лицъ, которыя отъ лица всѣхъ, какъ ихъ представители, заботятся объ осуществленіи этой цѣли. Отсюда въ самомъ общеніи возникаютъ двоякаго рода отношенія: отношеніе этихъ представителей къ представляемому ими цѣлому и отношеніе представителей къ отдѣльнымъ участникамъ общенія. Первое отношеніе обозначается именемъ общественнаго устройства, второе— управленія.

Государство представляетъ собою также публичное отношеніе и въ немъ также можно различать право государственнаго устройства и право государственнаго управленія. Спрашивается, какія изъ этихъ отношеній допускаютъ судебную охрану и какія нѣтъ? Такъ какъ устройство только опредѣляетъ, какія именно цѣли, въ какихъ формахъ и какими средствами должны быть осуществляемы органомъ, представляющимъ цѣлое въ интересахъ этого цѣлаго, и только въ управленіи совершается самое осуществленіе этихъ цѣлей, то по правилу только въ управленіи можетъ происходить дѣйствительное нарушеніе опредѣленныхъ правъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, примѣненіе судебной охраны къ вопросамъ государственнаго устройства представляетъ большія неудобства. Такъ какъ вопросы государственнаго устройства касаются общихъ интересовъ всего государства, а представителемъ ихъ является именно государственная власть, то для начатія судебнаго процесса, въ случаѣ нарушенія правъ государственнаго устройства дѣйствіемъ государственой власти, пришлось бы или ей самой выступать обвинителемъ противъ себя, или надо бы было организовать для этой цѣли особое учрежденіе, которое также могло бы совершать правонарушенія; для надзора за нимъ, поэтому, потребовалось бы учредить другое и такъ безъ конца. Съ другой стороны, государственное устройство есть общее основаніе государственнаго управленія и всякое нарушеніе права государственнаго устройства, въ чемъ-либо затрогивающее интересы отдѣльныхъ лицъ, непремѣнно выразиться и въ управленіи. Поэтому интересы частныхъ лицъ достаточно будутъ обезпечены и примѣненіемъ судебной охраны къ одному только управленію. Охрана же государственнаго устройства въ общемъ интересѣ ограничивается институтомъ министерской отвѣтственности.

И для обжалованія въ судебномъ порядкѣ дѣйствій управленія необходима наличность извѣстныхъ условій. Необходимо, во первыхъ, чтобы имѣлось нарушеніе опредѣленнаго постановленія закона. Это условіе не всегда имѣется на лицо. Государство часто бываетъ поставлено въ необходимость, именно при появленіи новыхъ жизненныхъ отношеній, до-

вольствоваться неполными законами, иногда ограничивающимися только указаніемъ цѣли, безъ опредѣленія формъ и средствъ ея осуществленія. Неполнота закона восполняется въ такихъ случаяхъ усмотрѣніемъ администраціи и въ этой сферѣ она пользуется дискреціонной властью. Обжалованіе въ судебномъ порядкѣ тутъ невозможно. Второе условіе возможности судебнаго обжалованія дѣйствій администраціи заключается въ томъ, чтобы нарушаемый ими интересъ, сосредоточивался въ данномъ отдѣльномъ лицѣ такъ, чтобы можно было сказать, что нарушенъ именно его интересъ, а не вообще интересы всего населенія. Этого условія не достаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отдѣльныя лица спорятъ съ администраціей о свойствахъ устраиваемаго ею общаго пользованія, напр. если они находятъ излишнимъ проведеніе данной дороги, или неудовлетворительнымъ установленную систему общественнаго образованія, и т: п.

Когда нѣтъ на лицо указанныхъ двухъ условій, возможно только обжалованіе въ административномъ порядкѣ, а не судебный искъ.

Шмиттъ еще рѣшительнѣе Бэра высказывается противъ организаціи особыхъ административныхъ судовъ. Опасеніе Гнейста, что съ передачей юрисдикціи публичнаго права гражданскимъ судамъ значительно съузится судебная охрана въ этой сферѣ, онъ думаетъ устранить указаніемъ на возможность большаго развитія административнаго законодательства.

Не повторяя тѣхъ замѣчаній, которыя уже были сдѣланы по поводу изложенія теоріи Бэра, не могу не остановиться на томъ значеніи, какое Шмидтъ придаетъ законодательству. Отъ наличности опредѣленнаго постановленія закона онъ ставитъ въ зависимость самую возможность административнаго иска. Но если публичное право есть такое же право, какъ всякое другое, если оно должно быть охраняемо тѣми же самими судами, то отчего ставить для него это условіе, вовсе непримѣняемое къ частному праву? При рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ допускается и распространительное толкованіе. и аналогическое примѣненіе закона, и руководство обычнымъ правомъ и началами, установленными судебной практикой. Почему всего этого не допустить и въ административныхъ дѣлахъ? Если возможность судебнаго обжалованія ставить въ зависимость отъ опредѣленнаго постановленія закона, то сфера судебной охраны можетъ съузиться до минимальныхъ предѣловъ. Вѣдъ абсолютной опредѣленности нельзя достигнуть. Много ли найдется такихъ опредѣленій закона, которыя бы, при желаніи, нельзя было счесть за неопредѣленныя, оставляющія просторъ усмотрѣнію администраціи? Это слишкомъ скользкая и неустойчивая почва, чтобы на ней можно было основать точное отграниченіе сферы примѣнимости судебной охраны публичнаго права.

Книга Шмитта не есть единственная въ новѣйшей литературѣ попытка возвращенія къ старымъ доктринамъ.

Авторъ небольшой брошюры «Реформа административной юстиціи», Пфицеръ [1]), возвращаясь къ воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ старой нѣмецкой литературѣ, не допускаетъ существованія въ публичномъ правѣ правъ въ субъективномъ смыслѣ и въ этомъ видитъ основаніе существованія административной юстиціи. Субъективное право что либо дѣлать предполагаетъ право и не дѣлать этого. Право, которое человѣкъ обязанъ осуществлять, перестаетъ, въ силу этого самого, быть правомъ и становится обязанностью. Сущность субъективнаго права заключается какъ въ вынуждаемости, такъ и въ томъ что, отъ него можно отказаться. Поэтому не можетъ быть признано субъективнымъ правомъ все то, на что человѣкъ не только имѣетъ право, но къ чему онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанъ. Но и другое лицо не можетъ имѣть правъ, соотвѣтствующихъ этимъ публичнымъ обязанностямъ. Смѣшно было бы и подумать о субъективномъ правѣ на то, чтобы другіе сограждане могли меня выбрать, или на то, чтобы мой сосѣдъ былъ непремѣнно включенъ въ избирательный списокъ, чтобы всѣ билетики были бѣлые, чтобы коммисаръ клалъ ихъ въ урну не развертывая, и т. п. Слѣдовательно и конституціонное устройство не расширяетъ сферы субъективныхъ правъ, не создаетъ ихъ въ публичномъ правѣ.

Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы невозможна была судебная охрана публичнаго права. Только гражданскій судъ имѣетъ дѣло исключительно съ нарушеніями субъективныхъ правъ. Въ уголовномъ судѣ мы уже имѣемъ судъ, вовсе не имѣющій дѣла съ субъективными правами. Для охраны публичнаго права отъ нарушеній, непринимающихъ форму преступленій, долженъ быть организованъ особый административный судъ. Подобно уголовному суду, онъ охраняетъ обыкновенное право—и въ этомъ ихъ сходство. Но административный судъ сходенъ, съ другой стороны, и съ гражданскимъ судомъ въ томъ, что и въ немъ для начатія дѣла необходимо требованіе заинтересованнаго лица. Такимъ образомъ административный судъ занимаетъ какъ бы среднее мѣсто между гражданскимъ и уголовнымъ.

Если даже принять положеніе Пфицера, что возможность отказа есть необходимая принадлежность права въ субъективномъ смыслѣ, то и тогда нельзя отрицать существованія субъективныхъ правомочій въ публичномъ правѣ. Примѣромъ можетъ служить хотя бы тоже самое избирательное право, послужившее Пфицеру матеріаломъ для остротъ. Къ осуществленію избирательнаго права никто не принуждается и, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно имѣетъ принудительную охрану. Съ другой стороны, если говорятъ о правѣ судебнаго иска, которое состоитъ ни въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ на то, чтобы мое притязаніе было размотрѣно съ соблю-

[1]) Pfizer. Die Reform der Verwaltungsrechtspflege. Stuttgart. 1873.

деніемъ установленныхъ судебныхъ формъ, то отчего же нельзя говорить о правѣ на то, чтобы мои выборы въ депутаты производились также съ соблюденіемъ установленныхъ избирательныхъ формъ? Что тутъ смѣшнаго? Мы просто не привыкли къ такой точкѣ зрѣнія—и только.

Ни одна изъ разсмотрѣнныхъ теорій не можетъ быть, такимъ образомъ, признана удовлетворительною и точно выясняющей понятіе административной юстиціи. А мы сгруппировали тутъ все, что нашли сколько нибудь оригинальнаго въ новѣйшей литературѣ. Останавливаться на перефразировкахъ чужихъ мнѣній мы не считали нужнымъ. Въ чемъ же причина такой незаконченности нѣмецкой теорій административной юстиціи? Въ основѣ ея лежитъ, несомнѣнно, правильная мысль. Понятіе административной юстиціи можетъ быть выяснено только въ связи съ различіемъ частнаго и публичнаго права. Но весь вопросъ въ томъ, какъ формулировать эту связь. Нѣмецкіе публицисты видятъ особенность административнаго права въ свойствѣ нарушаемаго права. Едва ли это такъ. Вѣдь различіе уголовной и гражданской судебной охраны опредѣляется вовсе не свойствомъ нарушаемаго права, а свойствомъ самаго правонарушенія и его послѣдствій. Нарушеніе одного и того же права на тѣлесную неприкосновенность можетъ влечь за собою и гражданскую и уголовную отвѣтственность. По свойству нарушаемыхъ правъ нельзя разграничить административной юстиціи отъ уголовной и гражданской, и чтобы выдти изъ затрудненія, нѣмецкіе писатели или обращаются къ отождествленію публичнаго права съ общимъ благомъ, или смѣшиваютъ воедино искъ и жалобу, и эту мѣшанину называютъ административной юстиціей. Уйти отъ этого можно только однимъ путемъ: надо искать отличительной особенности административнаго иска не въ свойствахъ нарушаемаго права, а въ свойствахъ и послѣдствіяхъ правонарушенія. Въ этомъ направленіи и должна, по моему мнѣнію, совершиться дальнѣйшая работа.

Административные суды въ Пруссіи [1]).

I.

Реформа внутренняго управленія Пруссіи, начало которой положено изданіемъ въ 1872 году уѣзднаго устава (Kreisordnung), по всей справедливости можетъ быть признана однимъ изъ замѣчательнѣйшихъ явленій современнаго законодательства. Далеко еще не законченная она уже успѣла выдвинуть цѣлый рядъ важнѣйшихъ вопросовъ управленія и административнаго права и при томъ дать имъ такую своеобразную постановку, что они не могутъ не привлечь къ себѣ вниманія и практическихъ государственныхъ дѣятелей и представителей науки.

Въ нашей литературѣ, вообще очень отзывчивой къ явленіямъ западной жизни, реформа эта, конечно, также не могла быть оставлена безъ вниманія. Но до сихъ поръ наши публицисты касались лишь одной стороны совершающагося въ Пруссіи преобразованія управленія. Въ статьяхъ В. П. Безобразова [2]) и А. Д. Градовскаго [3]) реформа эта разсматривается почти исключительно какъ организація мѣстнаго самоуправленія. Нѣтъ сомнѣнія, что эта сторона реформы есть важнѣйшая. Организація мѣстнаго самоуправленія служитъ основаніемъ всего предпринятаго преобразованія. Однако этимъ не исчерпывается еще все его значеніе.

Фриденталь въ рѣчи, которой онъ открылъ обсужденіе проекта уѣзднаго устава во второмъ его чтеніи въ палатѣ депутатовъ, говоритъ, что на ряду съ организаціей самоуправленія, другой основной идеей проектируемой реформы является обезпеченіе въ управленіи законности примѣненіемъ традиціонныхъ формъ правосудія [4]), другими словами, установленіе въ отношеніи къ дѣламъ управленія судебнаго контроля.

---

[1]) Статья эта написана въ 1880 г., а потому авторъ не могъ принять во вниманіе позднѣйшаго движенія законодательства по разсматриваемому вопросу, главнымъ образомъ законовъ 1883 года (Ges. über d. allgem. Landes Verwaltung, v. 30 Juli 1883, Ges. über d. Zuständigkeit der Verwaltungs-und Verwaltungsgerichtsbehörden, v. 1 Aug. 1883.) приведшихъ къ единству систему новѣйшихъ реформъ прусскаго мѣстнаго управленія и самоуправленія. Реформы эти, дѣйствіе коихъ было первоначально ограничено однѣми восточными провинціями, введены теперь съ нѣкоторыми измѣненіями и въ остальной территоріи королевства, законами 1885—1891 гг. Ср. v. Brauchitsch, Preuss. Verwaltungsgesetze. B. I u. II. 14 Aufl. Berlin. 1896.

[2]) Земскія учрежденія и самоуправленіе. Москва. 1874.

[3]) Системы мѣстнаго самоуправленія на западѣ Европы и въ Россіи. Сборникъ государственныхъ знаній, т. V и VI.

[4]) Hahn, Kreisordnung, S. XXXIV.

Идея эта, нашедшая себѣ выраженіе уже въ уѣздномъ уставѣ 1872 г., получила затѣмъ дальнѣйшее развитіе и осуществленіе въ законѣ 3 іюля 1875 года, объ устройствѣ административныхъ судовъ и административномъ судопроизводствѣ [1]), и въ законѣ 26 іюля 1876 года о предѣлахъ вѣдомства административныхъ учрежденій и административныхъ судовъ [2]). Этими законами создана цѣлая система административныхъ судовъ, опредѣлены начала административнаго процеса и разграничена сфера чистой, активной администраціи отъ административной юстиціи.

Еще не такъ давно вопросъ объ административной юстиціи сводился всецѣло къ вопросу о томъ, есть ли основаніе ограничивать компетенцію гражданскихъ и уголовныхъ судовъ въ отношеніи къ дѣламъ такого рода, гдѣ затрогиваются интересы администраціи и ея органовъ? При такой постановкѣ вопроса, рѣшеніе его въ настоящее время уже не представляетъ трудностей. Въ принципѣ теперь уже всѣми признается, что причастность интересовъ администраціи или администраторовъ не можетъ измѣнять природы гражданскихъ или уголовныхъ дѣлъ и только по практическимъ соображеніямъ административной политики допускаются еще нѣкоторыя ограниченія судебной компетенціи въ этомъ отношеніи.

Но дѣло въ томъ, что въ настоящее время постановка вопроса весьма существенно измѣнилась. Вопросъ теперь не въ томъ, какова граница компетенціи гражданскихъ и уголовныхъ судовъ, а въ томъ, какъ обезпечить правомѣрность управленія въ тѣхъ случаяхъ, когда уголовной и гражданской отвѣтственности для этого недостаточно, или когда она не можетъ найти себѣ примѣненія. Этой то цѣли и должна служить организація административнаго суда.

Новое прусское законодательство дало вопросу именно такую постановку, вполнѣ соотвѣтствующую его современному значенію. Какъ дѣло новое, неимѣющее за собой даже сколько нибудь установившейся и выработанной научной теоріи, организація такого административнаго суда не могла не представить законодателю серьезныхъ затрудненій. Вопросъ о томъ, какъ разрѣшена имъ эта задача, находитъ себѣ съ разныхъ сторонъ весьма различныя отвѣты. Гнейстъ, самъ принимавшій весьма близкое участіе въ подготовкѣ этой реформы, признаетъ ее вполнѣ удавшейся. «По глубинѣ и энергіи, говоритъ онъ, она не найдетъ себѣ параллели въ современномъ европейскомъ мірѣ» [3]).

Штейнъ держится какъ разъ противуположнаго взгляда. Прусскіе

---

[1]) Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren.

[2]) Gesetz betreffend die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbehörden im Geltungsbereiche der Provinzialordnung.

[3]) Der Rechtsstaat, 2 Auflage, 1879, S. 314.

административные суды не могутъ, по его мнѣнію, выдержать никакого сравненія съ административнымъ судомъ Австріи. «Эти (прусскіе) административные суды въ дѣйствительности все что угодно, но только не суды». Законы относящіеся къ нимъ не болѣе какъ служебная инструкція низшимъ органамъ. Идея настоящаго административнаго суда вовсе не нашла себѣ мѣста въ этихъ законахъ [1]).

Оба эти отзыва одинаково несправедливы. Подробный анализъ прусскихъ законовъ, который читатель найдетъ въ настоящей статьѣ, полагаемъ убѣдитъ его, что дѣло тутъ не въ простой служебной инструкціи, что это дѣйствительно начало весьма глубокой реформы. Но реформа эта представляется пока съ весьма крупными урѣзками и въ подробностяхъ ея мы не находимъ энергичнаго проведенія принциповъ положенныхъ въ ея основаніе. Это очень важный шагъ по новому пути, но сдѣланъ онъ какъ бы съ нѣкоторой нерѣшительностью.

Во всякомъ случаѣ, какъ попытка разрѣшенія одного изъ важнѣйшихъ вопросовъ, выдвинутыхъ на очередь современной государственною жизнью, организація административныхъ судовъ въ Пруссіи заслуживаетъ самаго внимательнаго изученія.

Будучи лишь частью общаго преобразованія управленія, организація этихъ судовъ естественно находится въ неразрывной связи съ мѣстнымъ самоуправленіемъ. Но два эти вопроса—административная юстиція и самоуправленіе—представляются такими важными и крупными вопросами, что совмѣстное ихъ разсмотрѣніе потребовало бы слишкомъ обширнаго изслѣдованія. Къ тому же мастерская характеристика прусскаго самоуправленія, какую далъ въ своихъ статьяхъ А. Д. Градовскій, даетъ намъ право предполагать уже у читателя знакомство съ этой, другой стороной, реформы.

Главнымъ источникомъ при составленіи настоящей статьи послужили, конечно, три указанныхъ закона—уѣздный уставъ, законъ объ административныхъ судахъ и законъ о предѣлахъ вѣдомства—съ относящимися къ нимъ законодательными матеріалами [2]). Но однимъ этимъ источникомъ нельзя было ограничиться. Мы можемъ получить вѣрную и полную картину прусскаго административнаго суда лишь тогда, когда не ограничиваясь одними законодательными постановленіями, взглянемъ на вновь образованные административные суды въ ихъ дѣятельности, посмотримъ какое осуществленіе и развитіе получила мысль законодателя на прак-

---

[1]) Grünhut's Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht. 1879, n. II, S. 35 und 337.

[2]) Всѣ эти законы можно найти у M. von Brauchitsch, Die neueren Organisationsgesetze der Verwaltung. Berlin. 1876. Изданіе предпринятое по порученію прусскаго министерства внутреннихъ дѣлъ.

тикѣ. Для этой цѣли необходимо воспользоваться еще другимъ источникомъ—рѣшеніями главнаго административнаго суда, издаваемыми членами его Іебенсомъ и Мейереномъ [1]). Всего пока вышло пять томовъ, заключающихъ въ себѣ до 350 рѣшеній.

Что касается литературы, то она не отличается богатствомъ. Какъ справедливо замѣтилъ Менгеръ [2]) большинство современныхъ писателей по административной юстиціи ограничиваются обсужденіемъ самыхъ общихъ вопросовъ. Къ сожалѣнію тотъ же недостатокъ представляютъ и сочиненія такихъ корифеевъ науки административнаго права какъ Гнейстъ [3]), Штейнъ [4]), Резлеръ, насколько они касаются прусскихъ административныхъ судовъ. Подробный анализъ прусскихъ законовъ объ административномъ судѣ мы находимъ только въ двухъ сочиненіяхъ Буссо фонъ-Бисмарка [5]), да еще у Массона [6]). Но сочиненія обоихъ этихъ авторовъ далеко не отличаются выдающимися достоинствами и носятъ характеръ исключительно практическій.

II.

То обстоятельство, что организація административнаго суда не явилась самостоятельной законодательной реформой, а представляетъ лишь часть предпринятаго преобразованія внутренняго управленія, преобразованія далеко не оконченнаго, весьма существенно повліяло на общій характеръ этой организаціи и на сферу дѣйствія административнаго суда.

Явясь какъ дополненіе въ реформѣ внутренняго управленія, организація административнаго суда была задумана и осуществлена какъ дѣло интересовъ одной администраціи. Административные суды отнесены къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ, а не юстиціи. Но этого мало. Организуя судебный контроль въ сферѣ управленія, законодатель такъ строго ограничился этой сферой, что совершенно не затронулъ вопроса о компетенціи гражданскихъ и уголовныхъ судовъ, въ ихъ отношеніи къ управленію. Тутъ все осталось какъ было. Статья 3 закона о предѣлахъ вѣдомства прямо постановляетъ, что дѣйствующія по этому вопросу постановленія остаются безъ измѣненій. Въ сферѣ управленія создано но-

---

[1]) Entscheidungen des königlichen Oberverwaltungsgerichtes, hrsggbn von Jebens, Meyeren u. Jacobi. 22. Bd. 1877—1892.

[2]) Oesterreichisches Civilprozess B. I. S. 40.

[3]) Rechtstaat, 2 Auflage.

[4]) Grünhut's Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht, 1879.

[5]) Das Verwaltungsstreitverfahren vor dem Kréisausschuss. Berlin 1879 и Das Gesetz vom 3 Iuli 1875 mit Zusatzen und Erläuterungen Berlin 1879.

[6]) Masson. Das Verfahren in Verwaltungs-Streitsachen. Berlin, 1876.

вое разграниченіе дѣлъ административныхъ и административно судныхъ. Но отношеніе управленія къ суду осталось безъ измѣненій.

Сфера дѣйствія административнаго суда представляется ограниченной и притомъ въ троякомъ отношеніи.

Такъ какъ осуществленная часть предпринятой реформы касается исключительно мѣстнаго управленія, то и контроль административнаго суда ограниченъ дѣйствіями однихъ мѣстныхъ властей. Центральное управленіе по прежнему не знаетъ административно-суднаго контроля. Вотъ первое ограниченіе.

Затѣмъ и въ сферѣ мѣстнаго управленія реформа коснулась не всѣхъ отраслей управленія. Такъ напримѣръ она совершенно не коснулась отбыванія воинской повинности. Сообразно съ этимъ дѣла эти изъяты и изъ вѣдѣнія административнаго суда. Такимъ образомъ является второе ограниченіе уже по предмету.

Наконецъ и въ территоріальномъ отношеніи вѣдомство административнаго суда ограничено лишь тѣми восточными провинціями, гдѣ введенъ провинціальный уставъ 1875 года.

Эти ограниченія такъ существенны, что совершенно лишаютъ реформу значенія общей реформы, придавая ей частный, даже отрывочный характеръ. Но надо отдать справедливость прусскому законодательству, что въ этой ограниченной сферѣ, оно дало административнымъ судамъ весьма широкую компетенцію. За немногими частными исключеніями, контроль административныхъ судовъ распространенъ на всѣ тѣ формы административной дѣятельности, какія только, по самому существу своему, могутъ быть подчинены судебной повѣркѣ.

Правда въ самомъ законѣ нѣтъ общаго опредѣленія компетенціи административныхъ судовъ. Онъ просто перечисляетъ, одно за другимъ, дѣла относящіяся къ вѣдѣнію административныхъ судовъ и дѣла относящіяся къ вѣдѣнію административныхъ учрежденій. Это отсутствіе общаго начала, которое бы разграничивало вѣдомство тѣхъ и другихъ учрежденій, обратило на себя вниманіе въ палатахъ при обсужденіи въ нихъ законопроекта и вызвало сожалѣнія. Но ораторы, выражавшіе эти сожалѣнія, сами сознавались, что не могутъ ни найти такого начала въ литературѣ, ни сами его формулировать [1]). Дѣло не пошло дальше такихъ сожалѣній и въ законѣ сохранилась, какъ и въ проектѣ, казуистичная редакція.

Однако, отсутствіе въ самомъ законѣ формулированнаго общаго принципа разграниченія компетенціи административныхъ судовъ и административныхъ учрежденій, не исключаетъ еще возможности вывесть такой

---

[1]) Смотри напр. рѣчь Koller'a при первомъ чтеніи проекта въ палатѣ депутатовъ Sten. Ber. d. Abg. H. 1876, I, S. 449.

общій принципъ изъ сопоставленія частныхъ опредѣленій закона. Попытка выяснить и формулировать руководящій принципъ разграниченія вѣдомства этихъ учрежденій, сдѣлана была еще при первомъ чтеніи проекта закона о предѣлахъ вѣдомства, въ палатѣ депутатовъ — Ласкеромъ. Данная имъ формулировка пользуется довольно большой популярностью, но при внимательномъ анализѣ оказывается рѣшительно несостоятельной. По мнѣнію Ласкера административный судъ компетентенъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда государство объявляетъ, что оно признаетъ правомочія и обязанности за такія, которыя относятся къ обособленной правовой сферѣ отдѣльнаго лица и когда вмѣстѣ съ тѣмъ законъ представляетъ объективно установленное правило для рѣшенія дѣла [1]).

Прежде всего является вопросъ, что считать за такое «объявленіе» государства? Если постановленія закона, служащаго выраженіемъ воли государства, то все это опредѣленіе сводится къ ссылкѣ на частныя опредѣленія закона и слѣдовательно теряетъ всякое значеніе. Короче и проще было бы въ такомъ случаѣ сказать, что административнымъ судамъ подсудны тѣ дѣла, которыя перечислены въ законѣ.

Но допустимъ, что объявленіе это можно найти въ какихъ-нибудь косвенныхъ указаніяхъ закона. Этимъ все-таки не устраняются сомнѣнія возбуждаемыя этимъ опредѣленіемъ. При допустимости аналогичнаго примѣненія закона сомнительно, чтобы могли представиться случаи, въ которыхъ нельзя было бы объективно установить никакой нормы для рѣшенія дѣла такъ или иначе. Вѣдь обязаны же общіе суды рѣшать всякое дѣло, не отговариваясь недостаткомъ закона. Нѣтъ причины почему бы и административный судъ не могъ бы въ каждомъ данномъ случаѣ найти норму для рѣшенія вопроса: правомѣрно обжалованное дѣйствіе администраціи или нѣтъ.

Далѣе, понятіе объ обособленной правовой сферѣ лица (der eigenthümliche Rechtskreis der Privatpersonen) представляется очень неопредѣленнымъ. Какъ отличить обособленную сферу отъ необособленной? Едва-ли найдешь другой признакъ кромѣ права частнаго иска. Но если такъ, то все опредѣленіе Ласкера сведется къ безъисходному кругу.

Внимательное изученіе постановленій закона 1876 года о предѣлахъ вѣдомства, приводитъ, однако, къ убѣжденію, что въ основу его, сознательно или нѣтъ, положено вполнѣ опредѣленное и правильное начало, терпящее лишь нѣсколько частныхъ ограниченій. Для выясненія этого начала необходимо предпослать нѣсколько общихъ замѣчаній объ особенностяхъ неправомѣрныхъ дѣйствій администраціи.

Неправомѣрное дѣйствіе административнаго учрежденія можетъ имѣть

---

[1]) Sten. Ber. d. Abg. H., 1876, I. S. 441.

троякаго рода послѣдствія. Во-первыхъ, уголовную отвѣтственность составляющихъ его лицъ. Во-вторыхъ, гражданскую отвѣтственность какъ этихъ лицъ, такъ и казны. И наконецъ, въ третьихъ, признаніе самаго дѣйствія ничтожнымъ.

Два первыя послѣдствія могутъ наступить, могутъ и не наступить. Ихъ наступленіе обусловливается особенными свойствами административнаго дѣйствія, представляющимися далеко не въ каждомъ случаѣ. Для уголовной отвѣтственности необходима наличность состава преступленія. Для гражданской—нарушенія гражданскаго права.

Третье послѣдствіе—признаніе дѣйствія ничтожнымъ—предполагаетъ, напротивъ, единственно лишь неправомѣрность дѣйствія и потому должно имѣть мѣсто въ каждомъ случаѣ неправомѣрнаго дѣйствія администраціи.

Если въ данномъ случаѣ не могутъ имѣть мѣста ни уголовная, ни гражданская отвѣтственность, то тѣмъ болѣе необходимо признаніе дѣйствія ничтожнымъ, какъ единственная возможная реакція противъ заключающейся въ немъ неправомѣрности. Отъ того, что данное дѣйствіе не имѣетъ своей причиной злую волю должностныхъ лицъ, или по своимъ элементамъ не подходитъ подъ опредѣленія уголовнаго закона и не имѣетъ своимъ результатомъ нарушенія ничьихъ гражданскихъ правъ, еще не слѣдуетъ, чтобы оно не могло быть неправомѣрнымъ, или чтобы надо было мириться съ порождаемымъ имъ неправомѣрнымъ состояніемъ.

Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда можетъ имѣть мѣсто уголовная или гражданская отвѣтственность, признаніе дѣйствія ничтожнымъ сохраняетъ свое значеніе. Безсмысленно бы было въ подобныхъ случаяхъ установить необходимость возбужденія уголовнаго преслѣдованія или гражданскаго иска и до постановленія по нимъ рѣшенія оставлять въ силѣ распоряженіе очевидно незаконное. Безсмысленно потому уже, что администрація для осуществленія своихъ распоряженій не нуждается въ содѣйствіи суда и помимо его можетъ принудительно осуществлять ихъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда ничтожность дѣйствія уже признана уголовнымъ или гражданскимъ судомъ, нѣтъ надобности признавать его ничтожнымъ еще второй разъ. Но и наоборотъ нѣтъ никакой надобности дожидаться непремѣнно рѣшенія этого вопроса по поводу даннаго гражданскаго или уголовнаго дѣла.

Поэтому необходимо для признанія дѣйствія ничтожнымъ установить такія же самостоятельныя средства, какія установлены для возбужденія уголовной и гражданской отвѣтственности. Другими словами, нельзя ограничиться однимъ косвеннымъ признаніемъ дѣйствій ничтожными по поводу производствъ возникающихъ въ уголовныхъ и гражданскихъ судахъ. Необходимо открыть возможность непосредственнаго, прямаго

признанія дѣйствія ничтожнымъ; признанія, принимающаго при такихъ условіяхъ форму прямой отмѣны.

Такимъ образомъ *отмѣну* дѣйствія слѣдуетъ признать своеобразнымъ послѣдствіемъ административной неправды (если можно такъ выразиться) въ отличіе отъ другихъ видовъ неправды.

Правда и въ гражданскомъ процесѣ нерѣдко возникаютъ вопросы о признаніи тѣхъ или другихъ дѣйствій ничтожными. Но въ отношеніи къ административнымъ дѣйствіямъ это признаніе представляетъ довольно существенныя особенности, сравнительно съ признаніемъ ничтожности юридическихъ сдѣлокъ.

Во-первыхъ, принудительное осуществленіе притязаній основывающихся на юридическихъ сдѣлкахъ, можетъ имѣть мѣсто не иначе, какъ при содѣйствіи суда; поэтому признаніе ничтожности сдѣлки не имѣетъ вполнѣ самостоятельнаго значенія, а разсматривается лишь какъ условіе какого либо притязанія или возраженія стороны. Напротивъ административное распоряженіе можетъ быть принудительно осуществлено безъ предварительнаго обращенія къ суду. Поэтому уже самый фактъ изданія распоряженія тутъ уже составляетъ правонарушеніе и признаніе его ничтожности получаетъ, само по себѣ, вполнѣ самостоятельное значеніе.

Во-вторыхъ, дѣйствительность юридической сдѣлки обсуждается судомъ только съ внѣшней стороны. Если сдѣлка совершена лицами дѣеспособными и управомоченными и если при этомъ соблюдена требуемая закономъ форма, сдѣлка признается дѣйствительной. Содержаніе ея не подлежитъ контролю суда, развѣ въ ней есть что-нибудь прямо запрещенное закономъ. Административное распоряженіе поставлено въ другія условія. Оно можетъ быть сдѣлано компетентною властью, съ соблюденіемъ установленныхъ формъ и безъ превышенія власти и все-таки быть неправомѣрнымъ—по своему содержанію. Это потому, что между тѣмъ какъ юридическая сдѣлка есть осуществленіе права, административное дѣйствіе есть осуществленіе обязанности. Юридической сдѣлки лицо не обязано совершать и именно потому можетъ совершать ее, по отношенію къ содержанію, какъ хочетъ. Напротивъ администрація, при извѣстныхъ условіяхъ, обязана дѣйствовать и именно поэтому содержаніе ея дѣйствій не можетъ быть поставлено внѣ контроля, такъ какъ иначе самая эта обязанность превратилась бы въ пустую фикцію. Администрація дѣйствуетъ въ общественномъ интересѣ и поэтому всѣ ея полномочія *модальны*. Этотъ цивилистическій терминъ какъ нельзя лучше выражаетъ особенную природу публичныхъ полномочій: каждое полномочіе дается административнымъ органамъ *съ тѣмъ, чтобы* они осуществляли его согласно съ его назначеніемъ, согласно съ тѣмъ общественнымъ интересомъ, ради котораго установляется данное право. Поэтому модальность въ публичномъ правѣ не является, какъ въ част-

номъ правѣ, только *побочнымъ* опрэдѣленіемъ—но составляетъ существенную принадлежность каждаго полномочія. Вмѣстѣ съ тѣмъ она не является и съ характеромъ *самоопредѣленія*. Модальность установляется здѣсь самимъ закономъ, если не explicite, то во всякомъ случаѣ implicite, такъ какъ весь институтъ административной власти имѣетъ общимъ своимъ назначеніемъ охрану общественныхъ интересовъ. На этомъ основаніи, всякое административное дѣйствіе можетъ быть опорочено, разъ оно представляетъ несогласнымъ съ назначеніемъ, съ модусомъ, осуществленіе правомочій администраціи.

Наконецъ, въ третьихъ, въ гражданскомъ процессѣ дѣло всегда строго ограничивается однимъ признаніемъ ничтожности сдѣлки. Судъ тутъ не возмѣщаетъ своимъ дѣйствіемъ уничтоженной сдѣлки. Въ большинствѣ случаевъ сдѣлки касаются чисто индивидуальныхъ интересовъ и потому для общественной власти безразлично, будетъ ли чѣмъ возмѣщена уничтоженная сдѣлка, или нѣтъ. Въ тѣхъ случаяхъ когда дѣло представляется иначе, установляются т. н. диспозитивные законы, служащіе для возмѣщенія несуществующихъ или уничтоженныхъ сдѣлокъ. Административное дѣйствіе, напротивъ, всегда касается общественнаго интереса и вмѣстѣ съ тѣмъ административное право вовсе не знаетъ диспозитивныхъ законовъ. Отсутствіе диспозитивныхъ законовъ въ этой сферѣ объясняется тѣмъ, что законъ отказывается тутъ отъ подробныхъ опредѣленій не въ интересахъ личной автономіи, а по невозможности обнять общимъ правиломъ пестрое разнообразіе представляющихся тутъ отношеній. А между тѣмъ отношенія эти должны, во чтобы-то ни стало, быть опредѣлены. Въ силу этого судебное рѣшеніе нерѣдко не только отмѣняетъ административное дѣйствіе, но и замѣняетъ его собою.

Указанныя особенности, полагаемъ, достаточно существенны для того чтобы признать, какъ мы сказали, прямую отмѣну дѣйствій администраціи, по формальнымъ и матеріальнымъ основаніямъ, своеобразнымъ послѣдствіемъ административной неправды.

Но какія средства существуютъ для установленія этого послѣдствія? Этихъ средствъ можетъ быть два: отмѣна можетъ совершиться или въ порядкѣ административнаго надзора, причемъ частнымъ лицамъ предоставляется только право жалобы по начальству, или въ порядкѣ судебномъ, гдѣ частное лицо получаетъ право на самостоятельный искъ.

Изъ этихъ двухъ формъ отмѣны, всѣ преимущества на сторонѣ отмѣны въ порядкѣ судебномъ, такъ какъ только въ немъ примѣнимы исторически выработавшіяся гарантіи правосудія. Поэтому вопросъ о соотношеніи этихъ двухъ формъ долженъ былъ рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что судебная форма должна найти себѣ возможно широкое примѣненіе и потому распространена на всѣ тѣ формы дѣятельности администраціи, какія только допускаютъ примѣненіе судебной повѣрки по самой своей природѣ.

Какія же формы административной дѣятельности допускаютъ примѣненіе судебнаго контроля и какія нѣтъ?

Судебному контролю можетъ подлежать только такая дѣятельность, которая состоитъ въ примѣненіи общихъ нормъ къ частнымъ случаямъ и потому складывается изъ ряда дѣйствій, имѣющихъ индивидуальный характеръ. Судъ судитъ частный случай на основаніи общей, уже существующей нормы. Тамъ же, гдѣ дѣло идетъ не о примѣненіи нормы, а объ ея установленіи, гдѣ поэтому дѣятельность администраціи получаетъ общій, нормативный характеръ — судебный контроль не имѣетъ мѣста, Гдѣ нѣтъ нормы, нѣтъ основы для постановленія судебнаго приговора. Ни судебная организація, ни судебный процессъ не пригодны для рѣшеній вопросовъ de lege ferenda.

Но есть еще отрасль дѣятельности администраціи, по своему характеру представляющая нѣчто среднее между распорядительной, нормативной дѣятельностью и примѣненіемъ нормъ къ частнымъ случаямъ, но также, какъ и чисто нормативная дѣятельность, недопускающая примѣненія къ ней судебнаго контроля. Каждое утравленіе естественно нуждается въ свободѣ распоряженія своими органами. Опредѣленіе подробностей организаціи административныхъ учрежденій, назначеніе служащихъ, надзоръ за ихъ дѣятельностью въ интересахъ управленія — все это такія функціи, при осуществленіи которыхъ рѣшающее, если не исключительное значеніе имѣютъ соображенія цѣлесообразности. Удобство организаціи, достоинство служащихъ, дѣйствительность надзора — все это такіе вопросы, которые рѣшительно не могутъ быть сведены къ разрѣшенію частнаго случая на основаніи какой-либо правовой нормы. Кромѣ того, допущеніе судебнаго контроля въ этой сферѣ разрушило-бы въ концѣ административное единство. Разъ судъ, а не сама администрація надзираетъ за дѣятельностью органовъ, они перестаютъ быть ея органами, становясь къ ней не въ подчиненное, а въ равное отношеніе.

Мы сказали, что эта сфера административной дѣятельности представляетъ переходъ отъ чисто нормативной, распорядительной, къ той сферѣ, гдѣ дѣло идетъ о примѣненіи нормъ. И дѣйствительно, большинство дѣлъ установленія внутренняго распорядка управленія не лишены нормативнаго характера. Подобно тому какъ законъ, опредѣляющій организацію какого-нибудь *одного* учрежденія, какой-нибудь *одной* мѣстности, мы все-таки признаемъ общей нормой, такъ и административное опредѣленіе подробностей организаціи даннаго учрежденія, мы не можемъ не признать нормативнымъ распоряженіемъ: оно не относится къ одному какому-нибудь частному случаю, а установляетъ общій порядокъ распредѣленія и направленія цѣлой группы дѣлъ. Точно также и надзоръ, насколько онъ проявляется въ общемъ направленіи дѣятельности подчиненныхъ органовъ,

получаетъ нормативный характеръ. Наиболѣе чужды нормативнаго характера: назначеніе служащихъ и та форма надзора, которая выражается въ отмѣнѣ отдѣльныхъ постановленій низшихъ органовъ. Но и тутъ нормативность не безусловно отсутствуетъ. Назначеніе чиновника, являясь по отношенію къ нему совершенно индивидуальнымъ актомъ, по отношенію къ дѣламъ, которыя онъ будетъ исправлять, получаетъ значеніе общей мѣры, предрѣшая судьбу этихъ дѣлъ. Выборъ лицъ есть только наиболѣе частная (но не наиболѣе не важная) изъ частныхъ подробностей организаціи. Что касается отмѣны отдѣльныхъ постановленій, то тутъ нормативность не можетъ отсутствовать въ тѣхъ случаяхъ, когда отмѣняется постановленіе органа, которому то или другое дѣйствіе можетъ быть предписано, уже потому, что въ этомъ случаѣ надзирающій органъ не связанъ, подобно суду, обязанностью рѣшать всякій вопросъ только въ предѣлахъ даннаго частнаго случая.

Въ этой постоянной примѣси нормативнаго характера, мы находимъ основаніе для исключенія и въ этой сферѣ административно-судебнаго контроля.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, двѣ категоріи дѣлъ управленія по самому существу своему не допускающихъ судебнаго контроля: 1) изданіе общихъ административныхъ распоряженій и 2) дѣла внутренняго распорядка управленія.

Основаніемъ для устраненія въ этихъ случаяхъ административно-судебнаго контроля, является самый характеръ дѣятельности, въ первомъ случаѣ исключительно, во второмъ преимущественно-нормативный.

Вся остальная дѣятельность администраціи вполнѣ допускаетъ примѣненіе къ ней судебнаго контроля.

Указанное разграниченіе двухъ сферъ управленія: подлежащей судебному контролю и не подлежащей ему, является однако не безусловнымъ. Его можно принять только съ нѣкоторыми ограниченіями.

Во-первыхъ, каждый актъ администраціи, каково бы ни было его содержаніе, съ формальной стороны представляется единичнымъ актомъ, подчиняющимся опредѣленіямъ установленныхъ нормъ, и потому съ этой стороны допускаетъ судебный контроль.

Во-вторыхъ, между двумя указанными сферами нѣтъ рѣзкой грани, которая бы не допускала существованія переходныхъ формъ.

Остановимся нѣсколько на выясненіи этихъ ограниченій.

Первое ограниченіе имѣетъ наиболѣе важное значеніе, такъ какъ примѣняется ко всѣмъ актамъ безъ исключенія. Такъ, если взять даже изданіе общихъ административныхъ распоряженій, то *самый актъ изданія* представляется несомнѣнно *единичнымъ актомъ*, съ формальной стороны нормированнымъ закономъ. Рѣшеніе вопросовъ о томъ, *кто*, *о чемъ* и *въ какомъ порядкѣ* можетъ по праву издавать распоряженія, предпола-

гаетъ примѣненіе общей нормы къ частному случаю и потому всецѣло относится къ области вопросовъ подлежащихъ судебной повѣркѣ. Только вопросы относящіеся къ матеріальной сторонѣ такого акта, къ самому содержанію распоряженія, не допускаютъ судебной повѣрки потому, что только въ нихъ сказывается нормативный характеръ акта. Но и тутъ только самое содержаніе, а не границы его, указанныя закономъ, исключаютъ судебный контроль. Вопросъ, *о чемъ* постановлено распоряженіе, какъ вопросъ формальный, допускаетъ такой контроль и только вопросъ о томъ, *что* постановлено о данномъ предметѣ въ распоряженіи, не допускаетъ судебной повѣрки.

Точно также какъ бы высоко мы не цѣнили необходимую для администраціи свободу въ выборѣ служащихъ, мы должны все-таки признать, что вопросы о томъ, *кто* имѣетъ власть назначенія, не должно-ли выборъ ограничивать спискомъ кандидатовъ представленнымъ какимъ-нибудь учрежденіемъ, можно-ли принимать на службу иностранцевъ, лицъ опороченныхъ по суду и т. п., можно-ли отказъ въ принятіи мотивировать тѣмъ, что кандидатъ не принадлежитъ къ господствующей церкви— суть такіе вопросы, которые допускаютъ судебный контроль. Они не относятся къ самой оцѣнкѣ достоинствъ кандидата, а только къ формамъ и границамъ, установленнымъ закономъ для такой оцѣнки.

Этотъ принципъ, что судебному контролю подлежитъ формальная сторона всѣхъ актовъ, имѣетъ особенное значеніе для нормативныхъ распоряженій.

Если бы изъять и формальную сторону этихъ актовъ отъ судебнаго контроля, то самый контроль частныхъ распоряженій администраціи былъ бы фиктивнымъ. Администрація могла бы тогда общимъ распоряженіемъ вмѣнить своимъ органамъ въ обязанность такія дѣйствія, на которыя, по закону, они не имѣютъ права.

Поэтому безусловно необходимо допустить, по крайней мѣрѣ, косвенный контроль надъ такими общими актами, по поводу исковъ противъ основанныхъ на нихъ частныхъ актовъ.

Но такого косвеннаго контроля недостаточно. При этомъ необязательность незаконнаго распоряженія признавалась бы судомъ не вообще, а только по отношенію къ истцу, по данному дѣлу. Въ каждомъ частномъ случаѣ примѣненія незаконнаго распоряженія, приходилось бы снова обращаться къ суду и добиваться признанія распоряженія обязательнымъ на данный случай. Кромѣ того, законность распоряженія можетъ иногда представляться спорной, сомнительной, и надо же установить какой-нибудь порядокъ разрѣшенія этого сомнѣнія, безъ того, чтобы для этого былъ необходимъ отказъ со стороны частныхъ лицъ въ добровольномъ исполненіи распоряженія, законность котораго представляется спорнымъ вопросомъ. Исходъ изъ этихъ практическихъ затрудненій откры-

вается однимъ только путемъ—допущеніемъ прямого судебнаго контроля въ отношеніи формальной стороны всѣхъ административныхъ актовъ, въ томъ числѣ и общихъ нормативныхъ распоряженій.

Постановка этого вопроса, въ современныхъ законодательствахъ, представляется довольно разнообразной. Если сравнить русское, французское и прусское право, то увидимъ, что правильнѣе всѣхъ вопросъ этотъ ставится во Франціи. Recours pour incompétence et excès de pouvoir, обращаемый къ государственному совѣту, какъ административному суду, допускается во Франціи по отношенію ко всѣмъ административнымъ актамъ безъ исключенія, въ томъ числѣ и по отношенію къ изданію нормативныхъ распоряженій [1]).

За то по отношенію къ содержанію распоряженій судебный контроль безусловно исключенъ.

Русское и прусское право представляютъ, напротивъ, двѣ противуположныя крайности, одинаково представляющія отступленія отъ правильной постановки вопроса.

Русское право распространяетъ административно-судный контроль перваго департамента сената и на самое содержаніе распоряженій (обязательныхъ постановленій) мѣстныхъ властей.

Прусское — вовсе не допускаетъ судебнаго контроля въ отношеніи распорядительной власти (Verordnungsgewalt) даже и съ формальной стороны.

Если хотите, начало принятое въ этомъ отношеніи прусскимъ законодательствомъ, своею безусловностью упрощаетъ разграниченіе спорныхъ и не спорныхъ административныхъ дѣлъ. Но, что гораздо важнѣе, оно вмѣстѣ съ тѣмъ значительно съуживаетъ, безъ всякой надобности и даже вопреки практической потребности, область административно-суднаго контроля.

Вопросъ объ отнесеніи къ той или другой сферѣ актовъ представляющихъ переходную форму, не допускаетъ принципіальнаго рѣшенія.

---

[1]) Fuzier-Herman, La séparation des pouvoirs, 1880, p. 422; le recours devant le conseil d'Etat... peut être dirigé même contre un acte règlementaire. Смотри также Gautier, Précis des matières abministratives, 1879, pp. 8 et 10. Не знаемъ на какомъ основаніи г. *Куплевасскій* утверждаетъ, что «обжалованіе по поводу incompétence и excès de pouvoir допускается... *конечно* въ томъ только случаѣ, когда декреты являются не въ качествѣ общей регламентарной мѣры, а носятъ индивидуальный характеръ». (Административная юстиція, стр. 48). Чтобъ не ходить далеко, еще въ іюлѣ настоящаго года въ Conseil d'Etat разсматривался recours pour excés de pouvoir противъ декрета, установившаго новую организацію факторовъ (facteurs) парижскихъ рынковъ. Истцы требовали *отмѣны* (annulation) декрета. Но какъ прямо на это указалъ въ своей рѣчи адвокатъ истцовъ Chambareaud, относительно допустимости иска не было никакихъ сомнѣній. (Смотри Droit, journal des tribunaux. 1880, № 181).

Тутъ все зависитъ отъ общаго направленія законодательства, склоннаго или къ расширенію или къ съуженію вѣдомства административныхъ судовъ, отъ условій мѣста и времени, отъ частныхъ особенностей каждой изъ переходныхъ группъ актовъ. Въ осуществленіи нормативной распорядительной власти, такими переходными формами являются тѣ акты, которые относясь къ *однократному* дѣйствію или однократному требованію администраціи, тѣмъ не менѣе имѣютъ не индивидуальный, а общій характеръ, относясь не къ отдѣльнымъ личностямъ, а къ цѣлому населенію, или къ цѣлому классу населенія. Таковы, напримѣръ, общія мѣры санитарной полиціи и принудительнаго ихъ осуществленія.

Всякій не обинуясь признаетъ, что изданіе распоряженія опредѣляющаго общій обязательный порядокъ дезинфекціи помойныхъ ямъ, есть актъ нормативный, а предписаніе опредѣленному лицу умертвить своихъ собакъ, такъ какъ есть подозрѣніе, что они укушены бѣшеной собакой—актъ индивидуальный. Но относительно требованія однократнаго осуществленія какой-нибудь гигіенической мѣры по отношенію ко всѣмъ помойнымъ ямамъ данной мѣстности или истребленію всѣхъ собакъ изъ опасенія эпидеміи водобоязни, можетъ возникнуть сомнѣніе: это мѣры полуобщія, полуиндивидуальныя.

Такой-же характеръ имѣетъ составленіе городскихъ плановъ. Правда, планъ касается неодинаково всѣхъ домохозяевъ, стѣсняя нѣкоторыхъ, другимъ доставляя выгоду. Но за то планъ имѣетъ общее значеніе въ томъ смыслѣ, что онъ дѣйствуетъ не только на данный моментъ, но и на будущее время. Такой-же переходный характеръ имѣютъ и планы экспропріацій.

Уѣздный уставъ 1872 года отнесъ дѣла о принудительномъ осуществленіи санитарно-полицейскихъ мѣръ къ спорнымъ дѣламъ [1]). Но при выработкѣ проекта закона о предѣлахъ вѣдомства, правительство нашло нужнымъ исключить ихъ изъ этой категоріи, устранивъ, такимъ образомъ, въ отношеніи къ нимъ административно-судебный контроль. «Принятіе санитарно-полицейскихъ мѣръ, читаемъ въ мотивахъ къ правительственному проекту [2]), есть дѣло административныхъ учрежденій, признанныхъ въ охранѣ общественнаго благосостоянія, а не административнаго суда, имѣющаго своею функціею юрисдикцію публичнаго права. Палата господъ предложила-было оставить безъ измѣненія постановленія уѣзднаго устава [3]). Это предложеніе не было принято палатой депутатовъ и въ законъ вошло правительственное предложеніе [4]). Но

[1]) Kreisordnung, § 140 и 135, nr, XI. Предоставленіе уѣздному комитету дѣлъ санитарной полиціи сдѣлано по предложенію Вирхова, Hahn, 283.

[2]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, B. I, № 61, S. 559.

[3]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, B. II, № 119 S. 620; № 137, S. 676.

[4]) Comp. Gesetz. § 82.

какъ это видно изъ преній въ палатѣ депутатовъ, это относится только къ мѣрамъ, оказывающимъ свое дѣйствіе въ теченіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени (dauernde Einrichtungen) [1]).

Относительно отнесенія дѣлъ по составленію городскихъ и сельскихъ плановъ къ категоріи неспорныхъ дѣлъ, какъ видно изъ матеріаловъ, относящихся къ изданію закона о постройкѣ улицъ и площадей въ городахъ и селеніяхъ, 1875 г. іюля 2-го [2]), не возникло никакихъ сомнѣній.

Относительно плановъ экспропріацій въ прусскомъ законодательствѣ замѣчаются колебанія. Законъ объ экспропріаціи, 11 іюня 1874 года, отнесъ эти дѣла къ вѣдѣнію административныхъ судовъ. Но законъ о предѣлахъ вѣдомства 1876 г. передалъ ихъ вѣдѣнію окружнаго совѣта, при чемъ жалобы на его постановленія приносятся министру торговли [3]). Въ мотивахъ къ этому постановленію закона прямо указывается, что составленіе плановъ экспропріацій аналогично съ составленіемъ городскихъ плановъ [4]).

Точно также и внутренній распорядокъ управленія не отграничивается рѣзко отъ другихъ сферъ административной дѣятельности. И тутъ могутъ быть переходныя формы. Это имѣется именно въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло касается органовъ самоуправленія, такъ какъ будучи органами управленія они, вмѣстѣ съ тѣмъ, пользуются значительною долей самостоятельности.

Какъ опредѣленіе подробностей организаціи, такъ и надзоръ за органами самоуправленія прусское законодательство частью относитъ къ области административно-судныхъ дѣлъ, частью къ дѣламъ административно-распорядительнымъ.

Что касается надзора надъ органами самоуправленія, то изъ дѣлъ сюда относящихся, къ компетенціи административнаго суда отнесены:

1) *Отмѣна законныхъ постановленій* уѣзднаго и городского комитетовъ, уѣзднаго собранія, уѣздныхъ коммисій, провинціальнаго ландтага, провинціальнаго комитета, провинціальныхъ коммисій, провинціальнаго и окружныхъ совѣтовъ, по иску ландрата, бургомистра или оберъ-президента [5]).

и 2) *иски по выполненію обязательныхъ для органовъ самоуправленія дѣйствій* (auf Erfüllung der gesetzlich obliegenden Leistungen) [6]).

По всѣмъ другимъ формамъ надзора, напримѣръ, по всѣмъ дѣламъ

---

[1]) Brauchitsch. I, S. 225, Note, 2.
[2]) Anlagen. z. St. Ber. d. Abg. H. 1875, B. I, № 23, B. III, № 279.
[3]) Competenzgesetz, § 157.
[4]) Anlagen. z. St. Ber. d. Abg. H. 1876. I, № 61, S. 562.
[5]) Competenzgesetz, §§ 18 und 69; Provinzialordnung, § 110.
[6]) Competenzgesetz, §§ 51, 57, 67.

относящимся къ надзору за хозяйственнымъ самоуправленіемъ [1]), имѣетъ мѣсто только жалоба, а не искъ.

Изъ дѣлъ относящихся къ опредѣленію подробностей организаціи органовъ самоуправленія, административно-судебному контролю подлежатъ только дѣла по опредѣленію и измѣненію границъ общинъ, уѣздовъ и провинцій [2]).

Большинство дѣлъ, изъятыхъ прусскимъ законодательствомъ изъ вѣдѣнія административныхъ судовъ, относится къ двумъ указаннымъ выше категоріямъ дѣлъ, по принципу не допускающимъ судебнаго контроля: къ изданію нормативныхъ распоряженій и къ дѣламъ внутренняго распорядка управленія или-же, по крайней мѣрѣ, къ только что разсмотрѣннымъ нами переходнымъ формамъ.

Но рядомъ съ этимъ существуютъ и исключенія. Нѣкоторыя изъ дѣлъ, изъятыхъ отъ административно-суднаго контроля, не относятся ни къ одной изъ указанныхъ категорій.

Изъ этихъ исключеній, прежде всего, обращаетъ на себя вниманіе изъятіе изъ административно-судебнаго контроля дѣлъ о разрѣшеніи общеопасныхъ и неудобныхъ промышленныхъ заведеній, т.-е. какъ разъ тѣхъ именно концессій, которыя во Франціи, какъ исключеніе, отнесены къ juridiction contentieuse.

Надо сказать, что примѣненіе судебнаго контроля къ той дѣятельности администраціи, которая имѣетъ форму разрѣшеній концессій, возбуждаетъ наиболѣе сомнѣній. Эта форма административныхъ дѣйствій имѣетъ ту особенность, что при ней возможность нарушенія права не представляется столь же наглядной, очевидной, какъ при другихъ формахъ. Когда административная власть запрещаетъ что-нибудь, законами незапрещенное, когда она налагаетъ обязанности, закономъ неустановленныя, или вообще распространяетъ свою регламентирующую дѣятельность на ту сферу дѣятельности частныхъ лицъ, гдѣ законъ не ограничиваетъ ихъ произвола, во всѣхъ этихъ случаяхъ, съ перваго взгляда, ясенъ правонарушительный характеръ такого административнаго дѣйствія. Что-же касается разрѣшеній, то можетъ показаться на первый взглядъ, что тутъ дѣйствіе администраціи не можетъ вести къ правонарушенію. Можно смотрѣть на дѣло такъ, что когда испрашивается разрѣшеніе, то никакого права на то, что составляетъ предметъ концессіи, еще не существуетъ. Дача разрѣшенія является сама необходимымъ условіемъ возникновенія права и потому, казалось-бы, ни дача концессіи, ни отказъ въ ней не могутъ составлять и правонарушенія. Власть администраціи является тутъ, повидимому, по необходимости дискреціонной.

---

[1]) Competenzgesetz, §§ 53, 68.

[2]) Competenzgesetz, §§ 40, 41, Kreieordnung, §§ 3, 4, Provizialordnung, § 112.

Этой точки зрѣнія и держится, дѣйствительно, французское право. По крайней мѣрѣ всѣ изслѣдователи французскаго административнаго права единогласно признаютъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе администраціи является условіемъ возникновенія правъ, какъ это имѣетъ мѣсто при концессіяхъ, повѣрка этихъ дѣйствій, по ихъ содержанію, относится къ juridiction gracieuse. Въ постановленіи закона 1810 года, отнесшаго дѣла о разрѣшеніи общеопасныхъ и неудобныхъ промышленныхъ заведеній къ juridiction contentieuse, всѣ они видятъ отступленіе отъ принципа, сингулярное изятіе (déclassement) [1]). Но уже практика французскихъ административныхъ судовъ можетъ навести на сомнѣніе въ прагильности установившагося во французской литературѣ воззрѣнія. Дѣйствительно, мы видимъ, что рядомъ съ такимъ ограниченіемъ круга дѣлъ, относящихся къ juridiction contentieuse, практика государственнаго совѣта чрезвычайно расширяетъ понятіе excès de pouvoir и такимъ образомъ косвенно снова расширяетъ компетенцію административнаго суда. Государственный совѣтъ признаетъ, что превышеніе власти имѣется не только тамъ, гдѣ несоблюдены установленныя закономъ формы или нарушены границы предоставленной власти, но и тамъ, гдѣ полномочія администраціи осуществляются ею не согласно съ тою цѣлью, съ какою они ей предоставлены [2]). Если принять въ соображеніе то, что было сказано выше о модальности полномочій администраціи, то нельзя не признать такое расширеніе контроля административныхъ судовъ и на вопросы о согласіи административныхъ дѣйствій съ ихъ модусомъ, совершенно правильнымъ. Но только такое расширеніе рѣшительно не мирится съ такимъ пониманіемъ разграниченія juridiction contentieuse и juridiction gracieuse, при которомъ всѣ концессіи, по принципу, относятся къ послѣдней.

При ближайшемъ анализѣ не трудно убѣдиться, что между разрѣшеніями и другими формами административныхъ дѣйствій нѣтъ существеннаго различія. Какъ тѣ права, осуществленіе которыхъ можетъ быть ограничено распоряженіемъ администраціи въ формѣ запрещенія, такъ и тѣ, осуществленіе которыхъ требуетъ предварительнаго разрѣшенія со стороны администраціи, одинаково могутъ быть разсматриваемы какъ права условныя; только въ первомъ случаѣ условіе является резолютивнымъ, во второмъ—суспензивнымъ. И наоборотъ, осуществленіе правъ первой категоріи можно разсматривать какъ совершаемое съ молчаливаго разрѣшенія администраціи и при томъ такого, которое всегда мо-

---

[1]) Chauveau Adolphe, Principes de compétence, t. I, 23, Vivien, Etudes administratives 2 éd. 1852, I. p. 119—129. Dareste, Justice administrative p. 221.

[2]) Gautier, Précis, p. 9. Fuzier Herman, Séparation des pouvoirs, p. 491.

жетъ быть взято назадъ. Эта возможность однообразной конструкціи обѣихъ формъ—и запрещенія и разрѣшенія—доказываетъ, что принципіальнаго различія между ними нѣтъ, и нѣтъ, слѣдовательно, основанія по принципу исключать концессіи изъ круга дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію административныхъ судовъ.

Для Пруссіи вопросъ этотъ былъ уже предрѣшенъ, по крайней мѣрѣ отчасти, въ указанномъ нами смыслѣ, имперскимъ промышленнымъ уставомъ 1869 года. Обусловливая открытіе нѣкоторыхъ промышленныхъ заведеній и занятіе нѣкоторыми промыслами, разрѣшеніемъ подлежащей власти, уставъ этотъ ограничиваетъ право отказа въ такомъ разрѣшеніи, опредѣленными фактическими предположеніями и уже этимъ—устраняетъ въ этой сферѣ дискреціонную власть администраціи [1]).

Но уставъ не ограничился однимъ этимъ матеріальнымъ требованіемъ. Онъ, кромѣ того, установилъ и формальныя гарантіи. Онъ требуетъ 1) чтобы рѣшеніе содержащее отказъ въ разрѣшеніи, было письменное и мотивированное и сообщалось просителю; 2) чтобы противъ такого рѣшенія было допущено право обжалованія; 3) чтобы по крайней мѣрѣ въ одной изъ инстанцій дѣло рѣшалось коллегіальнымъ учрежденіемъ въ открытомъ засѣданіи, по предварительному выслушиванію устныхъ объясненій сторонъ [2]).

Въ виду такихъ требованій имперскаго устава, общихъ для всякаго рода промышленныхъ концессій, можно было ожидать, что всѣ онѣ одинаково будутъ отнесены къ компетенціи административныхъ судовъ и по отношенію ко всѣмъ имъ будетъ предоставлено право иска.

Уѣздный уставъ дѣйствительно отнесъ всѣ дѣла о промышленныхъ концессіяхъ, которыя имъ были предоставлены вѣдѣнію уѣзднаго комитета, къ спорнымъ административнымъ дѣламъ. Порядокъ обжалованія рѣшеній уѣзднаго комитета былъ, однако, оставленъ имъ старый, какъ онъ былъ опредѣленъ въ Anweisung zur Ausführung der Gewerbeordnung отъ 4 сент. 1869 года. Въ такомъ положеніи это дѣло оставалось до изданія закона о предѣлахъ вѣдомства 1876 года. Принятое этимъ закономъ начало, что противъ рѣшенія по спорнымъ дѣламъ, заинтересованнымъ лицамъ предоставляется право иска въ административный судъ, въ установленномъ общемъ порядкѣ инстанцій, требовало или распространенія и на эти дѣла болѣе широкихъ гарантій правосудія, нежели какихъ требуетъ имперскій промышленный уставъ, т. е. установленіе двухъ, а не одной инстанцій, рѣшающихъ дѣла въ традиціонныхъ формахъ судебнаго процесса, или исключенія ихъ изъ категоріи спорныхъ дѣлъ. Правительственный проектъ склонялся въ послѣдней альтернативѣ, вы-

---

[1]) Anlagen z. Ber. d. Abg. H. 1876, III, № 230, S. 1461.

[2]) Gewerbeordnung für den Nordeutschen Bund vom 21 Juni 1869, § 20, 21.

ключая *всѣ* дѣла о промышленныхъ концессіяхъ изъ категоріи спорныхъ дѣлъ. Въ мотивахъ къ своему проекту правительство оправдывало это какъ тѣмъ соображеніемъ, что рѣшенія въ такихъ дѣлахъ основываются не столько на примѣненіи закона, сколько на оцѣнкѣ и охраненіи общественнаго и частнаго интереса и потому являются какъ бы актами управленія,—такъ и ссылкою на примѣръ другихъ законодательствъ, въ особенности на постановленіе баденскаго закона (1863 года октября 5, § 6) [1]).

Лантагъ не принялъ, однако, правительственнаго предложенія. Мотивы, которые побудили его къ этому, подробно изложены въ докладѣ комисіи палаты депутатовъ [2]).

«Устраняя прежнюю свободу учрежденій давать или отказывать въ выдачѣ промышленныхъ концессій, и обусловливая право отказа въ нихъ опредѣленными фактическями предположеніями, имперскій промышленный уставъ этимъ самымъ призналъ субъективное право отдѣльныхъ лицъ на полученіе такихъ концессій, право, которое не только можетъ, но и должно быть поставлено подъ охрану административнаго суда».

«Вопросы о томъ, имѣются ли на лицо факты, удостовѣряющіе ненадежность предпринимателя частной больницы, родовспомогательнаго заведенія, сумасшедшаго дома, театра, или указывающіе на опасность, что предпринимающій открытіе трактирнаго заведенія будетъ пользоваться своимъ заведеніемъ для пьянства, запрещенныхъ игръ, укрывательства, или для способствованія разврату, или обнаруживающіе, что желающій получить разрѣшеніе на разъѣздный промыселъ имѣетъ отвратительную или заразительную болѣзнь, что онъ былъ присужденъ къ лишенію свободы, находится подъ надзоромъ полиціи, извѣстенъ по наклонности къ праздности, нищенству, бродяжеству, пьянству—все это такіе вопросы, при разрѣшеніи которыхъ произвольное усмотрѣніе не можетъ имѣть мѣста, но которые должны рѣшаться на основаніи собранныхъ доказательствъ, за и противъ».

«Правда, при разрѣшенія открытія трактирныхъ заведеній и гостинницъ принимается также въ соображеніе соотвѣтствуетъ ли помѣщеніе, по своему устройству или положенію, *полицейскимъ* требованіямъ, а при разрѣшеніи музыкальныхъ и другихъ публичныхъ увеселеній принимается въ соображеніе и то, не выданы ли разрѣшенія такого рода уже достаточному по мѣстнымъ условіямъ числу лицъ—вопросы, которые конечно, предполагаютъ извѣстное свободное усмотрѣніе. Но такъ какъ отдѣленіе этихъ вопросовъ отъ вышеуказанныхъ было бы невыполимо, то комисія находила, что и ихъ можно подчинить контролю административ-

[1]) Anlagen z. St. Ber. d. H. d. Abg., 1876, B. I, № 61, S. 560.

[2]) Anl. d. H. d. Abg 1876, B. III, № 230, s. 1461. Это мѣсто отчета приведено in. extenso у Brauchitsch, I. SS. 267—269

ныхъ судовъ, тѣмъ болѣе, что и само правительство не затруднилось отнести къ ихъ вѣдѣнію, рѣшеніе вопросовъ о потребности въ школьномъ, дорожномъ и водяномъ дѣлѣ».

Коммисія допустила изъятіе изъ подчиненія контролю административнаго суда только въ отношеніи разрѣшенія общеопасныхъ и неудобныхъ промышленныхъ заведеній, т. е. какъ разъ въ отношеніи къ той категоріи концессій, которая во Франціи, какъ исключеніе, отнесена къ вѣдомству административнаго суда. Это отступленіе отъ ею самою принятаго принципа, коммисія мотивировала тѣмъ, что въ дѣлахъ этого рода преобладающее значеніе имѣютъ *техническіе* вопросы, рѣшеніе которыхъ отняло бы у судовъ много времени, и къ тому же не относится собственно къ дѣлу охраны публичнаго права.

Эту мотивировку нельзя признать убѣдительной. Противъ практическаго будто-бы неудобства судебнаго контроля, по отношенію къ этой группѣ концессій, прежде всего, говоритъ сама практика, а именно 70-лѣтняя практика французскаго государственнаго совѣта. Точно также нельзя найти оправданія допущеннаго коммисіей изъятія и въ теоретическихъ соображеніяхъ. Мы сошлемся здѣсь на весьма интересныя, въ данномъ случаѣ, соображенія Бэра. «Довольно часто, говоритъ онъ, случается, что законъ соединяетъ свои постановленія съ такими понятіями, природа которыхъ такова, что подведеніе подъ нихъ фактическихъ обстоятельствъ можетъ быть обсуждаемо только по началамъ управленія.—«Необходимость для общественнаго блага» или «опасность для нравственности»—это такія понятія, внутреннее содержаніе которыхъ совершенно не можетъ быть раскрыто тѣмъ, кто судитъ, становясь исключительно на правовую точку зрѣнія; напротивъ, уже по своей природѣ онѣ подлежатъ техникѣ административной оцѣнки.—Другое дѣло, если законъ связываетъ свои предписанія съ понятіями иного рода.—Когда надо примѣнить, хотя и не спеціально юридическія, а другого рода техническія понятія, нѣтъ никакого основанія считать невозможнымъ подведеніе фактовъ подъ понятія съ правовой точки зрѣнія» [1]).

Эти замѣчанія Бэра едва-ли допускаютъ какія либо сомнѣнія. Каждому дѣйствительно ясно, что въ порядкѣ судебнаго разбирательства гораздо легче установить опасность какого-нибудь промышленнаго заведенія, нежели нравственную надежность лица. И рѣшеніе, принятое коммисіей, надо считать не болѣе, какъ уступкой правительству, уступкой, которую она считала болѣе удобнымъ сдѣлать въ отношеніи именно къ этимъ концессіямъ, какъ представляющимъ меньше простора вліянію партій и другихъ постороннихъ дѣлу воздѣйствій.

Предложеніе коммисіи безъ измѣненій вошло въ законъ, такъ что

---

[1]) Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, § 20, S. 60, 61.

теперь разрѣшенія общеопасныхъ и неудобныхъ промышленныхъ заведеній изъяты отъ судебнаго контроля и притомъ какъ самая дача разрѣшенія, такъ и взятіе его обратно [1]).

Но есть еще категорія промышленныхъ концессій, представляющая какъ бы среднее между подлежащими административно-судебному контролю и вовсе изъятыми изъ него. Въ отношеніи къ концессіямъ этой категоріи, вѣдомству административнаго суда подлежитъ не самая дача концессіи, а только взятіе назадъ уже разъ данной концессіи. Сюда относятся: лишеніе права заниматься промысломъ врача, повивальной бабки, аптекаря, межевщика, аукціонатора, страховщика, торговаго маклера судовщика, [2]) и отобраніе патентовъ на изобрѣтеніе [3]).

Въ этихъ случаяхъ искъ о взятіи разрѣшенія обратно предъявляется или тѣмъ учрежденіемъ, которое дало разрѣшеніе, или мѣстнымъ полицейскимъ органомъ [4]). Относительно патентовъ на изобрѣтеніе законовъ спеціально оговариваетъ, что право иска принадлежитъ тутъ и министру финасовъ [5]).

Затѣмъ, всецѣло подлежатъ контролю административнаго суда слѣдующія промышленныя концессіи.

1) Разрѣшенія на открытіе гостинницъ, трактирныхъ заведеній и вообще заведеній для продажи съѣстныхъ припасовъ потребительно, (Schankwirthschaft) на розничную продажу водки и спирта, а также на продажу ядовъ [6]).

2) Разрѣшеніе открытія частныхъ больницъ, родовспомогательныхъ заведеній, сумащедшихъ домовъ и театровъ [7]).

3) Разрѣшеніе на занятіе скупомъ товаровъ, сборомъ заказовъ, а также на разносный и развозный торгъ [8]).

Другимъ ограниченіемъ компетенціи административнаго суда служитъ изъятіе изъ его вѣдѣнія дѣлъ о диспензаціяхъ отъ исполненія общихъ административныхъ распоряженій и о призрѣнія бѣдныхъ [9]). Мы соединяемъ вмѣстѣ эти двѣ, повидимому, совершенно разнородныя группы дѣлъ, потому что основаніемъ для изъятія ихъ отъ судебнаго контроля послужилъ очевидно одинъ и тотъ же мотивъ. И диспензація, и призрѣніе

---

[1]) Competenzgesetz, §§ 123, 125, 125, 126, 127.
[2]) Competenzgesetz, § 134, Brauchitsch, I, S. 275, Note 2.
[3]) Competenzgeseiz, § 143.
[4]) Brauchitsch, I, S. 274.
[5]) Competenzhesetz, § 143, Absatz 2.
[6]) Competenzgesetz, §§ 129. 134, I.
[7]) Тамъ же § 130.
[8]) Тамъ же § 131.
[9]) Competenzgesetz, §§ 75, 117, 156; Fischereigesetz vom 30 mai 1874, § 44.

бѣдныхъ не отнесены къ дѣламъ суднымъ на томъ основаніи, что они суть дѣла милости, а не права [1]).

Едва-ли, однако, это соображеніе можно признать убѣдительнымъ. Въ отношеніи диспензацій примѣняется все то, что было сказано уже о разрѣшеніяхъ. Что же касается призрѣнія бѣдныхъ, то, будучи обязанностью, оно, очевидно, не можетъ быть въ тоже самое время и дѣломъ милости.

Разграниченіе дѣлъ, подлежащихъ и неподлежащихъ контролю административнаго суда, имѣетъ въ Пруссіи далеко не то значеніе, какое во Франціи представляетъ различіе juridiction contentieuse и juridiction gracieuse. Во Франціи порядокъ разсмотрѣнія жалобъ по дѣламъ, относящимся къ juridiction gracieuse, вовсе не обставленъ никакими опредѣленными формами. Тутъ нѣтъ ни сроковъ для принесенія жалобъ, ни опредѣленнаго порядка и числа инстанцій, ни законной силы рѣшеній [2]).

Прежде такъ было и въ Пруссіи. Жалоба могла быть подаваема по каждому дѣлу по начальству, въ іерархическомъ порядкѣ административныхъ учрежденій, до министровъ включительно. Не было никакихъ преклюзивныхъ сроковъ. Мало того, жалоба могла быть возобновляема снова и снова, пока у администраціи хватало терпѣнія и охоты ее разсматривать. Это неограниченное никакими формами и почти безграничное право жалобы, служило болѣе къ обремененію дѣлами административныхъ учрежденій, нежели къ обезпеченію справедливаго рѣшенія дѣлъ [3]). Въ виду этого было признано необходимымъ регулировать закономъ порядокъ принесенія и разсмотрѣнія жалобъ, что и сдѣлано закономъ 1876 года о предѣлахъ вѣдомства.

Прежде всего, для принесенія жалобъ установленъ опредѣленный срокъ, по общему правилу 21-дневный [4]). Срокъ этотъ, конечно, примѣняется только къ принесенію жалобъ частными лицами. Право надзора высшихъ административныхъ органовъ надъ низшими этимъ нисколько не ограничивается. Рѣшеніе низшаго органа, безъ всякаго сомнѣнія, можетъ быть отмѣнено высшимъ въ порядкѣ надзора и по истеченіи такого срока [5]).

Порядокъ инстанцій опредѣленъ различно для обжалованія постановленій коллегіальныхъ учрежденій мѣстнаго самоуправленія и для принесенія жалобъ на полицейскія распоряженія единоличныхъ органовъ.

---

[1]) Paun, Beiträge zur Reform des Verwaltungsrechtes. Wien. 1877. S. 63.

[2]) Chauveau Adolphe, Lois de la procedure civile et administrative 4 édition, t. VIII 1867, p. 1.

[3]) Anlagen z. Sten. Ber. d. Abg. H. 1876, III, № 230. S. 1454.

[4]) Competenzgesetz, §§ 25 und 32.

[5]) На это прямо указано въ докладѣ палаты депутатовъ, Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, III. № 230, s. 1454.

На постановленія уѣзднаго комитета жалобы приносятся въ окружной совѣтъ, на постановленія окружнаго совѣта—въ совѣтъ провинціальный. Рѣшенія провинціальнаго совѣта окончательны [1]). Что касается единоличныхъ полицейскихъ властей, то распоряженія общинныхъ и волостныхъ начальниковъ подлежатъ обжалованію предъ ландратомъ, а во второй инстанціи предъ регирунгсъ-президентомъ. По жалобамъ на распоряженія городскихъ полицейскихъ начальниковъ и ландратовъ, первой инстанціей служитъ регирунгсъ-президентъ, въ качествѣ второй инстанціи является, по этимъ дѣламъ, оберъ-президентъ [2]). На рѣшенія, постановленныя во второй инстанціи, дальнѣйшія жалобы не могутъ быть приносимы [3]).

Такимъ образомъ, по правилу, жалобы не могутъ восходить на разсмотрѣніе министровъ. Въ общемъ планѣ реорганизаціи внутренняго управленія, представленномъ правительствомъ ландрату, вмѣстѣ съ проектомъ провинціальнаго устава, функцію министровъ предположено ограничить однимъ общимъ направленіемъ управленія [4]). За незаконченностью реформы, за министрами остается еще много функцій иного рода, и въ частности разсмотрѣніе жалобъ на низшіе органы [5]). Но такъ какъ сохраненіе этихъ функцій представляется лишь требованіемъ переходнаго состоянія, то законодатель не счелъ нужнымъ включать министровъ въ число обыкновенныхъ инстанцій по разсмотрѣнію жалобъ. Эта компетенція министровъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, опредѣляется спеціальнымъ постановленіемъ закона [6]).

Относительно порядка разсмотрѣнія жалобъ, законъ требуетъ, чтобы она была сообщена противной сторонѣ для представленія по ней объясненій, а въ случаѣ неспѣшныхъ дѣлъ, эти объясненія препровождаются жалобщику и ему назначается срокъ, не болѣе двухъ недѣль, для представленія реплики [7]).

III.

Указавъ разграниченіе, по прусскому праву, дѣлъ административныхъ и административно-судныхъ, мы обратимся теперь къ ближайшему разсмотрѣнію юрисдикціи административныхъ судовъ.

Сравнивая юрисдикцію прусскихъ административныхъ судовъ съ

---

[1]) Competenzgesetz, § 24.

[2]) Competenzgesetz, § 30.

[3]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, III, № 230, S. 1456.

[4]) Denkschrift über die Reorganisation der allgemeinen Landesverwaltung des Preussichen Staats, n. XIX; см. H a h n, Provinzialordnung, s. 16.

[5]) Competenzgesetz, §§ 82, 87, 116, 121, 127, 138, 139, 145, 153, 157.

[6]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, III, № 230, s. 1448.

[7]) Competenzgesetz, §§ 27 Abs. 4, 32, Abs. 1.

французской juridiction administrative contentieuse, сразу замѣчаешь существенное различіе въ общемъ ихъ характерѣ. Юрисдикція французскихъ административныхъ судовъ ограничивается, по принципу, повѣркой одной формальной законности административныхъ дѣйствій. Правда, этотъ общій принципъ терпитъ значительныя ограниченія, въ томъ расширеніи понятія превышенія власти, о которомъ мы уже говорили, кромѣ того, въ цѣломъ рядѣ сингулярныхъ постановленій закона и наконецъ въ существованіи цѣлой группы дѣлъ, представляющей переходъ отъ juridiction contentieuse къ juridiction gracieuse. Но все же этотъ принципъ остается общимъ правиломъ. Такой характеръ юрисдикціи французскихъ административныхъ судовъ объясняется тѣмъ, что къ ней относится значительное число чисто гражданскихъ дѣлъ, въ которыхъ заинтересована администрація. Эти-то дѣла и опредѣлили общій характеръ административно-судной юрисдикціи.

Въ Пруссіи административные суды являются судами публичнаго права. Они созданы не для вѣдѣнія тѣхъ гражданскихъ дѣлъ, въ которыхъ заинтересована администрація, а для разбора споровъ о правахъ публичныхъ, которые и до того не относились къ компетенціи гражданскихъ судовъ.

Такимъ образомъ въ Пруссіи не было, какъ во Франціи, и практическаго основанія для уподобленія административной юстиціи—юстиціи гражданской. Но вліяніе французскаго порядка такъ сильно еще, до сихъ поръ, не только въ практикѣ, но и въ теоріи административнаго права, что можно было ожидать, оно скажется все-таки и на организаціи прусскихъ административныхъ судовъ. Если этого не случилось, если къ юрисдикціи прусскаго административнаго суда не было примѣнено это ограниченіе французскаго права, которое въ Пруссіи не имѣло бы за собой никакого основанія, то это всецѣло составляетъ заслугу Гнейста. Его теорія административной юстиціи, которую онъ выработалъ на изученіи англійскаго права и противопоставилъ сложившейся по французскимъ образцамъ теоріи Штейна, послужила несомнѣнно руководящей нитью при организаціи прусскаго административнаго суда.

По мнѣнію Гнейста, такъ называемая административная юстиція есть только развитіе правительственныхъ учрежденій въ коллегіальную форму, съ примѣненіемъ къ нимъ установившихся формъ, гарантирующихъ правосудіе. Это требуется не для обезпеченія формальной законности, а для обезпеченія въ конституціонномъ государствѣ управленію свободы отъ вліянія партій. Компетенція обыкновенныхъ судовъ остается при этомъ не уменьшенной. Они рѣшаютъ всѣ коллизіи управленія и частноправовыхъ титуловъ въ гражданскомъ процессѣ, всѣ проступки—въ уголовномъ. И эта компетенція можетъ быть еще распространена на всѣ политическія личныя права (jura status) и другіе вопросы, гдѣ дѣло

идетъ только о формахъ и границахъ опредѣленныхъ законами, напр. о законности податнаго обложенія. Но между этими вопросами и вопросами управленія лежитъ еще третья область дѣятельности административныхъ органовъ, когда она формально и совершается въ законныхъ границахъ, но въ интересахъ партіи смыслъ закона обращается одному въ выгоду, другому въ ущербъ (iniquitas). Поэтому всеобъемлющій, полный контроль надъ дѣятельностью администраціи не можетъ ограничиться одной повѣркой формальной ея законности. Для вѣрнаго пониманія этого вопроса необходимо обратить вниманіе на то, что въ административной дѣятельности несправедливость проявляется главнымъ образомъ въ томъ, что не соблюдается должная мѣра вмѣшательства и невмѣшательства, стѣсненія и нестѣсненія индивидуальныхъ интересовъ. Оставаясь формально въ границахъ своихъ законныхъ полномочій, администрація можетъ совершать вопіющія несправедливости. Напримѣръ, если полиція имѣетъ право устранять накопленіе вредныхъ для здоровья веществъ, то не соблюдая должной мѣры въ осуществленіи этого права, она можетъ до крайности стѣснить свободу любаго гражданина, такъ какъ въ каждомъ жилищѣ по необходимости имѣется какое нибудь количество такихъ веществъ. Точно тоже и съ правомъ требовать починки дорогъ: ибо нѣтъ совершенной дороги. Несоблюдая мѣры въ требованіяхъ починокъ, можно разорить кого угодно. Поэтому, для того, чтобы контроль административнаго суда былъ дѣйствителенъ, необходимо предоставить ему разсмотрѣніе не только вопросовъ о формальной законности, но и о соблюденіи должной и справедливой мѣры (rechten Masz) въ осуществленіи администраціей своихъ правъ [1]).

Это ученіе Гнейста и послужило основаніемъ для опредѣленія общаго характера юрисдикціи прусскихъ административныхъ судовъ. Правда, въ выше разобранномъ опредѣленіи административно-судныхъ дѣлъ Ласкера, воспроизведенномъ и въ докладѣ комиисіи депутатовъ, сказалось вліяніе французскихъ теорій, но это опредѣленіе, несостоятельное теоретически, не выражаетъ и общаго характера постановленій прусскаго законодательства. Французское право дѣйствительно признаетъ общимъ условіемъ для contentieux administratif нарушенія пріобѣтеннаго права, относя дѣла о нарушеніи интересовъ къ juridiction gracieuse. Но прусское законодательство признаетъ предметомъ административно-судной юрисдикціи вообще спорныя административныя дѣла—«streitige Verwaltungssachen» [2]). Въ такомъ опредѣленіи нѣтъ и намека на противоположеніе, установившееся во французскомъ административномъ правѣ, нарушеній правъ и нарушеній интересовъ. Такъ смотритъ на дѣло и

[1]) Verhandlungen des XII d. Juristentages B. III, S. 292 und ff.

[2]) Gesetz betr. Verwaltungsgerichte, § 1.

главный административный судъ. Руководящимъ началомъ, говоритъ онъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній, опредѣленія границъ компетенціи административной юстиціи должно служить то, что компетенція эта ограничивается столкновеніями общаго интереса съ частнымъ интересомъ, охраняемыхъ правомъ. Но административный судъ не компетентенъ для разрѣшенія вопросовъ о столкновеніи общаго интереса съ общимъ или частнаго съ частнымъ. Въ первомъ случаѣ, компетентны административно-распорядительные органы, во второмъ—гражданскіе суды [1]). Главный судъ говоритъ при этомъ безразлично о столкновеніи съ юридически охраненнымъ интересомъ или съ субъективнымъ правомъ. Но очевидно, что субъективное право онъ понимаетъ въ самомъ широкомъ смыслѣ, относя къ субъективнымъ правамъ и притязаніе просящаго концессіи на то, чтобы ему не было отказано безъ достаточныхъ основаній, т. е. именно то, что по французской теоріи считается не правомъ, а интересомъ.

Перечисленіе предметовъ, относящихся къ компетенціи административныхъ учрежденій, даетъ законъ о предѣлахъ вѣдомства 1876 года. Въ правительственномъ проектѣ закона это перечисленіе было сдѣлано по отдѣльнымъ учрежденіямъ [2]). Такая система представлялась весьма удобной для законодательныхъ цѣлей, но была признана ландтагомъ неудобной для практическаго примѣненія закона. Она затрудняетъ разграниченіе, по каждой данной отрасли управленія, дѣлъ административныхъ и административно-судныхъ, дѣлаетъ неизбѣжными многія повторенія и не выдѣляетъ общихъ положеній. Поэтому коммисія палаты депутатовъ выработала другую систему, которая и вошла въ законъ. Согласно этой системѣ, во-первыхъ, отдѣлены общія положенія относительно порядка обжалованія всѣхъ вообще полицейскихъ распоряженій, и затѣмъ перечисленіе дѣлъ административныхъ и административно-судныхъс дѣлано не по учрежденіямъ, а по предметамъ.

Общій порядокъ обжалованія полицейскихъ распоряженій изложенъ въ IV отдѣлѣ [3]) закона о предѣлахъ вѣдомства, составляющемъ какъ бы общую его часть. Важнѣйшимъ источникомъ для объясненія этого отдѣла является докладъ палатѣ депутатовъ, составленный Ласкеромъ [4]).

Постановленія о разграниченіи административной и административно-судной компетенціи, по предметамъ, содержитъ пятый отдѣлъ. Система, принятая въ этомъ отдѣлѣ, весьма дробная: предметы вѣдомства пере-

---

[1]) Entscheidungen, II, № 60. S. 404, 5; № 66.

[2]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, I, № 61.

[3]) Von den Rechtsmitteln gegen polizeiliche Verfügungen und von dem Zwangsverfahren der Orts und Kreispolizeibehörden.

[4]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1877, III, № 239, Bericht der XII Komission, Abschnitt IV, S. 1451—1559.

числяются по двадцати двумъ рубрикамъ [1]). При этомъ, въ распредѣленіи этихъ рубрикъ не замѣчается никакой опредѣленной системы.

Не имѣя въ виду дать здѣсь комментарій закона, мы не имѣемъ и надобности держаться этихъ рубрикъ закона.

Всѣ дѣла, относящіяся къ вѣдѣнію административныхъ судовъ, имѣютъ одну общую черту, всѣ они предполагаютъ дѣйствіе администраціи. Но дѣйствія администраціи могутъ имѣть двоякій характеръ. Они могутъ имѣть своимъ предметомъ или установленіе наличности фактовъ, въ зависимость отъ которыхъ законъ поставилъ предоставленіе того или другого права,—или же оцѣнку фактовъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ самъ не опредѣляя того, какіе именно факты должны влечь за собой установленіе права, предоставляетъ рѣшеніе этого вопроса, въ каждомъ индивидуальномъ случаѣ, болѣе или менѣе свободному усмотрѣнію администраціи. Такимъ образомъ мы получаемъ двѣ основныя группы дѣлъ. Къ первой изъ нихъ, гдѣ дѣйствіе администраціи установляетъ только наличность фактовъ, относятся, напримѣръ, дѣла по выборамъ; законъ въ точности опредѣляетъ, при какихъ условіяхъ человѣкъ имѣетъ права избранія и избираемости; администрація, при составленіи избирательныхъ списковъ, только удостовѣряетъ наличность этихъ условій.

Ко второй группѣ, гдѣ дѣйствіе администраціи даетъ и оцѣнку факта, относятся, напр., дѣла по открытію новыхъ общественныхъ дорогъ и по закрытію старыхъ; законъ тутъ не опредѣляетъ, какіе именно факты должны считаться признакомъ необходимости открытія новой или закрытія старой дороги; оцѣнка фактовъ предоставляется тутъ администраціи.

Это различіе имѣетъ очень большое значеніе. Оно касается самого существа дѣла. Административныя дѣйствія перваго рода имѣютъ только декларативное значеніе, дѣйствія втораго—конститутивное. Дѣла первой группы, поэтому, гораздо ближе подходятъ къ характеру дѣлъ гражданскихъ судовъ. Рѣшеніе суда тутъ имѣетъ тотъ-же характеръ, что и рѣшеніе по гражданскому дѣлу: оно имѣетъ дѣло лишь съ установленіемъ наличности фактовъ и примѣненіемъ къ нимъ опредѣленнаго постановленія закона. Поэтому они легко могутъ рѣшаться тѣмъ-же судомъ, что и дѣла гражданскія. Только въ процессѣ они потребуютъ измѣненій, такъ какъ положеніе сторонъ тутъ совсѣмъ иное. Тутъ нельзя рѣшить дѣла

---

[1]) I) дѣла общинъ и самостоятельныхъ участковъ, волостей и уѣздовъ; II) дѣла о призрѣніи бѣдныхъ; III) школьное дѣло; IV) квартирная повинность; V) санитарная и ветеринарная полиція; VI) полевая полиція; VII) полиція охоты; VIII) лѣсная полиція; IX) водная полиція; X) полиція рыбной ловли; XI) дѣла по устройству плотинъ; XII) промышленная полиція; XIII) дѣла торговыхъ камеръ; XIV) дѣла страхованія; XV) вспомогательныя кассы; XVI) сохранныя кассы; XVII) строительная полиція; XVIII) дѣла по экспропріаціи; XIX) дѣла о правахъ состоянія и подданства; XX) составленіе списковъ присяжныхъ, XXI) дѣла о налогахъ; XXII) дѣла о синагогахъ.

inter partes. Освобожденіе одного какого-нибудь лица отъ платежа окладного налога, напримѣръ, отзывается неизбѣжно на количествѣ налога, платимаго всѣми остальными. Допущеніе въ выборахъ лишнихъ избирателей отзывается неизбѣжно на уменьшеніи значенія голоса всѣхъ остальныхъ. Въ виду этого, исходъ процесса не можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ компромисса сторонъ.

Въ дѣлахъ второй группы, напротивъ, вполнѣ выражается своеобразная особенность административно-судныхъ дѣлъ. Тутъ дѣло не ограничивается одной повѣркой формальной законности, но и повѣряется также соблюденіе должной мѣры, соотвѣтствіе дѣйствія тому назначенію, тому модусу, съ какимъ дано данное полномочіе администраціи.

Этимъ, конечно, объясняется и то, что между тѣмъ какъ относительно первой группы дѣлъ, разногласія ученыхъ сводятся къ вопросу о томъ, должны-ли они подлежать вѣдѣнію общихъ гражданскихъ судовъ или-же вѣдѣнію особыхъ административныхъ судовъ, относительно второй группы дѣлъ разногласіе относится къ тому, должны-ли вообще они быть отнесены къ вѣдѣнію суда, хотя-бы административнаго, и не должно-ли ихъ признать относящимися всецѣло къ области чистой администраціи.

Эта группировка дѣлъ, подсудныхъ административнымъ судамъ, тѣмъ болѣе примѣнима къ разсмотрѣнію компетенціи прусскихъ административныхъ судовъ, что законъ о предѣлахъ вѣдомства, относительно дѣлъ первой группы, даетъ только перечисленіе отдѣльныхъ предметовъ компетенціи, напротивъ относительно дѣлъ второй группы даетъ въ IV отдѣлѣ какъ-бы общее опредѣленіе.

Но, затѣмъ, эти двѣ основныя группы естественно распадаются каждая еще на двѣ. Право, которое связывается съ установляемыми или оцѣниваемыми администраціей фактами, можетъ быть или правомъ администраціи или правомъ частнаго лица. Оно можетъ быть, напримѣръ, правомъ администраціи на взысканіе налога, на запрещеніе даннаго дѣйствія, на принудительное отчужденіе вещи, на примѣненіе къ данному лицу фактическихъ мѣръ принужденія, или же правомъ частнаго лица на участіе въ выборахъ, на полученіе концессіи, на извѣстное дѣйствіе со стороны администраціи. Поэтому, содержаніемъ иска можетъ быть или требованіе освобожденія отъ неправильно наложенныхъ администраціей обязанностей, или же жалоба на неисполненіе администраціей обязательныхъ для нея дѣйствій.

Такимъ образомъ, мы получаемъ слѣдующую несложную схему.

I. Дѣйствія администраціи, только установляющія наличность фактовъ, служащихъ предположеніемъ правъ:

A. администраціи;

B. частныхъ лицъ.

II. Дѣйствія администраціи, содержащія оцѣнку фактовъ и сами являющіяся фактическимъ предположеніемъ правъ:

A. администраціи;

B. частныхъ лицъ.

Къ первой изъ этихъ группъ, относятся дѣла по привлеченію къ платежу налоговъ и отбываніе натуральныхъ повинностей [1]).

Дѣла этой группы могутъ быть двоякаго рода.

Они могутъ возникать или изъ спора плательщика съ администраціей, о правильности привлеченія его къ несенію повинности, или изъ спора плательщиковъ между собой. Но и въ послѣднемъ случаѣ предполагается дѣйствіе администраціи, хотя оно и не служитъ тутъ, само по себѣ, непосредственнымъ предметомъ судебнаго разбирательства. Такого рода дѣла могутъ возникать по спору лицъ, обязанныхъ нести расходъ по содержанію школъ, по содержанію и устройству дорогъ, по устройству канавъ для стока воды [2]). Но во всѣхъ этихъ случаяхъ, необходимымъ предположеніемъ является дѣйствіе администраціи, содержащее въ себѣ требованія—ремонта школъ, постройки дороги, прорытія канавъ и т. п.

Искъ по дѣламъ этой группы можетъ быть направленъ только на признаніе неправильными даннаго требованія исполненія повинности, но не можетъ имѣть своимъ предметомъ разрѣшеніе вопроса объ обязанности нести повинности вообще [3]). Тѣмъ болѣе не можетъ быть онъ направленъ на разрѣшеніе вопроса правильно или неправильно внесена на общинный бюджетъ, та или другая отдѣльная статья расхода [4]).

Но искъ, направленный противъ частнаго требованія исполненія повинности, можетъ касаться не только вопроса о размѣрѣ подлежащей выполненію повинности, но также и способа взысканія, напр. установляемыхъ при этомъ сроковъ [5]). Точно также споръ противъ правильности даннаго требованія исполненія повинности можетъ быть основанъ на томъ, что сама повинность установлена незаконно [6]).

---

[1]) Сюда именно относятся дѣла по привлеченію къ платежу и отбыванію общинныхъ, (Competenzgesetz § 49) волостныхъ (§ 57) и уѣздныхъ повинностей (§ 65); къ платежу расходовъ по рыболовнымъ товариществамъ (§ 119), по содержанію синагогъ (§ 164) и торговыхъ палатъ (§ 147), споры заинтересованныхъ лицъ объ обязанности нести расходы по содержанію школъ — между собою (§ 77) и съ администраціей (§ 78), споръ между заинтересованными лицами объ обязанности устраивать канавы (§ 98), споры противъ кадастра, установляемаго для распредѣленія квартирной повинности (§ 81).

[2]) Competenzgesetz, §§ 77, 98.

[3]) Entsheidungen d. O. V. G., III, № 18; S. 87; IV, 16, S. 107.

[4]) Entsheidungen III, № 10, S. 45.

[5]) Entsheidungen V, № 10, S. 90.

[6]) Entsheidungen II, № 25,

Ко второй группѣ относятся, главнымъ образомъ, дѣла о выборахъ [1]), и кромѣ того дѣла о нѣкоторыхъ корпоративныхъ правахъ напримѣръ о правѣ на пользованіе общинными угодіями [2]), доходами рыболовныхъ товариществъ [3]), объ исключеніи изъ цеха [4]), торговыхъ палатъ [5]), синагогъ [6]) дѣла о пріемѣ имперскихъ подданныхъ или увольненіи прусскихъ [7]), объ опредѣленіи вознагражденія за издержки по отправленію обязанностей безмездной службы [8]) и споры о правахъ, вытекающихъ изъ патентовъ на изобрѣтенія [9]).

Вѣдѣнію административныхъ судовъ предоставлены дѣла о выборахъ мѣстнаго самоуправленія и, кромѣ того, выборы по цеховому управленію, по управленію синагогами и выборы въ торговыя палаты. Общій порядокъ разрѣшенія этихъ дѣлъ таковъ, что первоначально дѣло разсматривается тѣмъ учрежденіемъ, въ которое производятся выборы и затѣмъ уже на постановленіе этого учрежденія допускается жалоба въ 10 дневный срокъ въ административный судъ. Дѣла по общиннымъ [10]) и волостнымъ [11]) выборамъ, рѣшаются уѣздными комитетами, по уѣзднымъ выборамъ, окружными [12]) и по провинціальнымъ—главнымъ административнымъ судомъ [13]).

Дѣла, относящіяся къ двумъ остальнымъ группамъ, т.-е. возникающія по поводу такихъ дѣйствій администраціи, которыя имѣютъ не декларативное, а конститутивное значеніе, представляютъ несравненно большій интересъ, нежели дѣла двухъ разсмотрѣнныхъ нами группъ.

Дѣла послѣднихъ группъ, прусское законодательство подводитъ подъ общее и довольно неопредѣленное понятіе дѣлъ полицейскихъ и установляетъ, какъ мы уже говорили, въ отношеніи къ нимъ не только частныя, но и общія правила.

Каждое полицейское распоряженіе можетъ быть обжаловано двоякимъ путемъ. Можетъ быть подана жалоба по начальству, причемъ противъ опредѣленія по жалобѣ, постановленнаго въ послѣдней инстанціи, допускается подача иска въ главный административный судъ. Искъ этотъ можетъ имѣть своимъ основаніемъ непримѣненіе и неправильное примѣ-

---

[1]) Comp. Gesetz, §§ 45, 57, 63, 64, 137, 147.
[2]) Comp. Gesetz, § 49.
[3]) Comp. Gesetz, § 119.
[4]) Comp. Gesetz, § 137.
[5]) Comp. Gesetz, § 147.
[6]) Comp. Gesetz, § 164.
[7]) Comp. Gesesz, § 161.
[8]) Comp. Gesetz, § 49.
[9]) Comp. Gesetz, § 142.
[10]) Comp. Gesetz, § 45.
[11]) Competenzgesetz, §§ 63, 64.
[12]) Competenzgesetz, § 57.
[13]) Provinzialordnung, §§ 24, 48, 62, 67.

неніе дѣйствующаго права или отсутствіе наличности такихъ фактическихъ предположеній, которыя могли-бы дать право на даннаго рода полицейское распоряженіе [1]). Но заинтересованное лицо можетъ обратиться и непосредственно въ судъ: въ уѣздный комитетъ—если искъ направленъ противъ волостного начальника, или противъ полицейскаго начальника такихъ городовъ, которые включены въ составъ уѣзда и имѣютъ не болѣе 10,000 жителей; въ окружной судъ—если противъ ландрата или полицейскаго управленія большихъ городовъ [2]).

Искъ, и въ этомъ случаѣ, можетъ основываться только на неправильномъ примѣненіи закона, или на отсутствіи оправдывающихъ распоряженіе фактическихъ предположеній.

Но полицейскія распоряженія нерѣдко должны быть осуществляемы принудительно. Способъ принудительнаго осуществленія, независимо отъ содержанія распоряженія, можетъ нарушать интересы частныхъ лицъ. Поэтому, независимо отъ обжалованія полицейскаго распоряженія по содержанію, можно обжаловать тѣмъ-же порядкомъ и мѣры принудительнаго его осуществленія. Тѣ способы, которые установлены въ отношеніи обжалованія полицейскихъ распоряженій по содержанію, примѣнимы и къ обжалованію принудительныхъ мѣръ. Но однихъ этихъ способовъ недостаточно. Лицо можетъ считать свои интересы нарушенными и несоразмѣрностью принужденія и несоблюденіемъ въ принужденіи должной мѣры. Правда, законъ, не опредѣляя точно мѣры принужденія, этимъ самымъ предоставляетъ ихъ выборъ полицейскимъ органамъ. Но могутъ быть случаи, когда ясно, что полицейскій органъ, вопреки смыслу закона и обстоятельствамъ даннаго случая, ябеднически или произвольно, чрезмѣрно усиливаетъ мѣру принужденія. Въ виду того, что дѣла этого рода представляютъ чрезвычайное разнообразіе индивидуальныхъ особенностей, мѣра принужденія не можетъ быть напередъ опредѣлена закономъ съ точностью. И законодатель не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ установить слишкомъ низкій максимумъ принужденія, такъ какъ иначе понудительныя мѣры, во многихъ случаяхъ, оказались-бы недѣйствительны. Если, поэтому, ландратъ можетъ назначать за неисполненіе своихъ предписаній штрафы до 150 марокъ, волостной начальникъ до 30, то все-таки было-бы очевиднымъ нарушеніемъ закона, если-бы они, въ какомъ-нибудь незначительномъ случаѣ, сразу назначили штрафъ въ наивысшемъ размѣрѣ. Точно также законъ не опредѣляетъ, какъ часто могутъ слѣдовать, одно за другимъ, повторныя назначенія штрафа, если лицо упорствуетъ въ неисполненіи полицейскаго предписанія. Въ крайнихъ случаяхъ, какъ напримѣръ при угрожающемъ наводненіи, назначеніе повторныхъ штра-

---

[1]) Competenzgesetz, § 30.

[2]) Competenzgesetz, § 31.

фовъ можетъ быть дѣлаемо въ сроки, исчисляемые по часамъ. Но если тоже самое будетъ сдѣлано, когда нѣтъ никакой спѣшной крайности, это будетъ незаконно. Для устраненія такихъ злоупотребленій, по мнѣнію коммисіи палаты депутатовъ, необходимо было предоставить право иска и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо жалуется только на несоблюденіе должной мѣры принужденія [1]). Предложеніе комиссіи было принято ландтагомъ и вошло въ законъ [2]).

Полицейскія распоряженія могутъ быть, конечно, самаго разнообразнаго содержанія. Нѣсколько примѣровъ изъ практики главнаго административнаго суда дадутъ читателю понятіе объ ихъ общемъ характерѣ.

Главный судъ признаетъ, что полиція можетъ:

1) закрыть собраніе, посвященное обсужденію общественныхъ вопросовъ, если въ немъ говорятъ не по-нѣмецки, а напримѣръ по-польски, такъ какъ это затрудняетъ надзоръ; [3])

2) воспретить отдачу въ наемъ подъ квартиры такихъ помѣщеній, которыя ниже опредѣленной закономъ минимальной вышины [4]);

3) воспретить проституткамъ проживать въ опредѣленномъ домѣ [5]);

4) запретить ковку лошадей противъ кузницъ, на панели [6]);

5) запретить дрогисту, имѣющему званіе аптекаря, выставлять это званіе на вывѣскѣ [7]).

Изъ этихъ примѣровъ видно, что полиція своими распоряженіями можетъ запрещать дѣйствія, закономъ незапрещенныя, но по полицейскимъ соображеніямъ признанныя неудобными.

Съ другой стороны, главный судъ разъяснилъ, что полиція не можетъ вмѣшиваться въ осуществленіе правъ державности (die Ausübung von Akten der Staatshoheit). Поэтому, напримѣръ, полиція не можетъ запретить обученіе солдатъ стрѣльбѣ на такомъ мѣстѣ, откуда пули, перелетая черезъ мету, попадаютъ въ прилежащія мѣста [8]).

Кромѣ этихъ общихъ опредѣленій относительно порядка обжалованія полицейскихъ распоряженій, законъ о предѣлахъ вѣдомства даетъ и цѣлый рядъ частныхъ опредѣленій, относительно отдѣльныхъ отраслей полицейскаго управленія. Какъ мы показали выше, и эти дѣла могутъ быть раздѣлены на двѣ группы, смотря потому, является-ли дѣйствіе админи-

---

[1]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. H. 1876, III, № 230, § 1457, 1458.
[2]) Competenzgesetz, § 34.
[3]) Entscheidungen, I, № 52, S. 347.
[4]) Entscheidungen, III, № 64.
[5]) Entscheidungen, III, № 65.
[6]) Entscheidungen, II, № 64, S. 395.
[7]) Entscheidungen, IV, № 59, S. 372.
[8]) Entscheidungen, II, № 65, S. 709.

страціи фактическимъ предположеніемъ ея же собственныхъ правъ, или правъ частныхъ лицъ.

Къ первой группѣ относятся споры по вопросу признанія необходимыми постройки и ремонта школъ [1]), и дорогъ [2]) и регулированія права охоты [3]).

Ко второй группѣ, кромѣ разсмотрѣнныхъ нами промышленныхъ концессій, относятся еще—разрѣшеніе построекъ [4]), а также дѣла по иску противъ извѣстныхъ положительныхъ дѣйствій администраціи [5]); таковы дѣла водной полиціи (опредѣленіе высоты воды, при мельничныхъ сооруженіяхъ; предоставленіе протока), рыболовной (признаніе воды замкнутой) и лѣсной (учрежденіе лѣсныхъ товариществъ).

IV.

Въ прямой зависимости отъ характера компетенціи административныхъ судовъ стоитъ и ихъ организація. Если компетенція ихъ ограничивается такими исками, гдѣ дѣло идетъ о нарушеніи правъ, не имѣющихъ своимъ предположеніемъ усмотрѣніе администраціи, о нарушеніи однихъ «пріобрѣтенныхъ» правъ, въ смыслѣ французскаго административнаго права, то нѣтъ надобности образовывать особые административные суды, съ особеннымъ составомъ и особеннымъ устройствомъ. Такія дѣла, какъ жалобы на неправильное стѣсненіе избирательныхъ правъ, на неправильное взысканіе податей, неправильное забраніе въ военную службу, на отказъ въ пособіи бѣдному, съ полнымъ удобствомъ могутъ быть рѣшаемы, если и не тѣмъ-же порядкомъ, то по крайней мѣрѣ тѣмъ-же судомъ, что и споръ о правахъ гражданскихъ [6]). Исключительно профессіональный составъ гражданскихъ судовъ представляетъ, для рѣшенія этого рода дѣлъ, такъ-же мало неудобствъ, какъ и для рѣшенія дѣлъ гражданскихъ.

Совершенно иначе ставится вопросъ, если къ административной юрисдикціи будутъ отнесены не одни нарушенія «пріобрѣтенныхъ» правъ, но и разрѣшеніе вопросовъ о соблюденіи администраціей «должной мѣры» въ осуществленіи своихъ полномочій, о соотвѣтствіи этого осуществленія съ тою цѣлью, съ тѣмъ modus'омъ, подъ какимъ даны ей эти полномочія. Смѣло можно сказать, что при такомъ расширеніи административно-су-

---

[1]) Comp. gesetz, § 78.

[2]) Kreisordnung, §§ 61, 135.

[3]) Comp. gesetz. § 91.

[4]) Competenzgesetz, § 155.

[5]) Competenzgesetz §§ 99, 100, 102, 108, 120; Waldschutzgesetz vom 6 juli 1875

[6]) Gneist, Verhandlungen d. d. Juristentages, 1875, B. III, S. 237. Ulbrich: Ueber öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1875, S. 78.

дебнаго контроля не можетъ быть и рѣчи о предоставленіи административной юрисдикціи общимъ судамъ, въ ихъ неизмѣненномъ составѣ.

Правда, въ литературѣ можно встрѣтить, и со стороны людей весьма авторитетныхъ въ наукѣ административнаго права, завѣренія, что вопросъ объ организаціи особаго административнаго суда представляется, для «чистой» науки, просто непонятнымъ [1]), но такого рода завѣренія идутъ всегда рука объ руку съ крайнимъ съуженіемъ области административной юрисдикціи. Въ этомъ одинаково сходятся французскіе, нѣмецкіе и русскіе защитники административной юрисдикціи общихъ судовъ [2]).

Менѣе всего годенъ для осуществленія административной юрисдикціи исключительно профессіональный [3]) составъ гражданскихъ судовъ. Человѣкъ, усвоившій себѣ профессіональныя привычки гражданскаго судьи, совершенно неспособенъ рѣшать вопросы о «должной мѣрѣ», о «соотвѣтствіи цѣли». Онъ внесетъ въ дѣло административной юрисдикціи какъ нельзя болѣе вредный для него формализмъ и вмѣстѣ съ тѣмъ неизбѣжно съузитъ предѣлы примѣненія судебнаго контроля къ управленію [4]).

Болѣе годнымъ органомъ для административной юрисдикціи являются уголовные суды [5]), функціонирующіе съ участіемъ присяжныхъ [6]). Но и ихъ организація не соотвѣтствуетъ характеру административной юрисдикціи. Институтъ суда присяжныхъ всецѣло покоится на раздѣленіи вопросовъ права и факта, рѣшеніе которыхъ предоставляется двумъ отдѣльнымъ коллегіямъ. Но такое раздѣленіе вопросовъ права и факта едва-ли приложимо къ дѣламъ административно-суднымъ. При разсмотрѣніи, напримѣръ, жалобъ на отказъ въ концессіи, или на принятіе

---

[1]) Слова Лоренца Штейна, Die vollziehende Gewalt, I, 1, 1869, S. 403.

[2]) Broglie, Revue française, 1828. Mittermaier, Archiv für. civ. Praxis, B. IV, 1821, Stengel, Hirth's Annalen, 1877. S. 1314—1379. Schmitt, Die Grundlagen der Verwaltungrechtspflege. 1878; *Куплеваскій*, Административная юстиція 1879. Штейнъ прямо говоритъ о прусскихъ законахъ, что «alle Klagen von denen jene Gesetze sprechen sind in Wahrheit gar keine Klagen sondern Beschwerden» Grünhut's Zeitschrift, 1879, B. II, S. 306.

[3]) На то, что организація особыхъ административныхъ судовъ имѣетъ свое основаніе, между прочимъ, въ необходимости устранить исключительно профессіональный составъ и внести народный элементъ, указывалъ въ одной изъ своихъ рѣчей Микéль, Sten. Br. d. H. d. Abg., 1875, II, S. 1560.

[4]) Смотри дѣльныя замѣчанія объ этомъ Bluntschli, Krit. Vierteljahrschrift hrsgbn von Pözl. B. VI и его докладъ въ Баденскомъ парламентѣ (приведено у Weizel, Das Bad. Gesetz. v. 1863, S. 120.

[5]) На сродство функцій административнаго и уголовнаго суда указываетъ Pfizer, Die Reform der Verwaltungsrechtspflege, 1873, S. 21.

[6]) Мысль о примѣненіи института присяжныхъ къ организаціи административнаго суда была выражена А. Pann'омъ, Die Verwaltungs-Justiz in Oesterreich. 1876, S. 38.

слишкомъ строгихъ полицейскихъ мѣръ принужденія и т. п. вопросы права и факта совершенно сливаются [1]).

Къ этому основному соображенію присоединяется рядъ другихъ.

Постановка вопросовъ, представляющая вообще слабую сторону суда присяжныхъ, въ административномъ судѣ представитъ еще болѣе затрудненій, въ силу того что, по сложности вопросовъ административнаго права, взаимное пониманіе двухъ разнородныхъ коллегій будетъ весьма затруднительно.

Пониманіе вопросовъ управленія, въ отличіе отъ вопросовъ о виновности, не можетъ быть доступно каждому, а требуетъ нѣкотораго навыка и знакомства съ дѣломъ.

Для большинства дѣлъ производство съ присяжными было бы слишкомъ медленнымъ и дорогимъ, а найти объективную мѣрку для различенія важныхъ и неважныхъ административныхъ дѣлъ невозможно. Какъ совершенно справедливо замѣчено въ мотивахъ къ правительственному проекту закона объ административныхъ судахъ, именно въ публичномъ правѣ, чаще чѣмъ гдѣ либо, самые важные, принципіальные вопросы возбуждаются по поводу самыхъ ничтожныхъ дѣлъ [2]).

Но если организація общихъ судовъ оказывается несоотвѣтствующею природѣ административной юрисдикціи, то почти тоже должно сказать о большинствѣ существующихъ типовъ организаціи административнаго суда.

Организаторы новыхъ административныхъ судовъ въ Пруссіи имѣли предъ собою слѣдующія системы организаціи:

1. Систему сліянія органовъ административной юрисдикціи съ органами активной администраціи;

2. Систему особыхъ административно-судныхъ коммисій изъ административныхъ чиновниковъ; и

3. Систему, такъ сказать, смѣстныхъ судовъ, составляемыхъ изъ судей и административныхъ чиновниковъ.

Всѣ эти системы представляютъ, хотя и въ разной степени, два недостатка.

Всѣ онѣ, во-первыхъ, противорѣчатъ требованіямъ правильной судебной организаціи вообще. Первая система ведетъ къ тому, что администрація дѣлается судьей въ собственномъ дѣлѣ. Вторая къ лишенію суда всякой самостоятельности. Третья—раздвояетъ судъ и превращаетъ его въ учрежденіе не судящее, т. е. отыскивающее право, а въ посредника, устраивающаго компромисъ между требованіями закона, представителями котораго являются судьи, и интересами администраціи, представителями которыхъ служатъ члены-чиновники.

---

[1]) Gneist, Rechtsstaat. contra—Schmitt, l. c., S. 126, 127.

[2]) Anl. z. d. Sten. Ber, d. H. d. Abg. 1875, B. I, № 20, S. 262.

Во-вторыхъ, ни одна изъ этихъ системъ не соотвѣтствуетъ вполнѣ особенностямъ административной юрисдикціи. Всѣ онѣ установляютъ исключительно—профессіональный составъ суда. А какъ профессіональные судьи, такъ и профессіональные администраторы не способны, должнымъ образомъ, осуществлять функціи административнаго суда, безъ соучастія народнаго элемента. О судьяхъ мы уже говорили. Что-же касается администраторовъ, то призванные стоять постоянно на стражѣ однихъ общественныхъ интересовъ, охраняя ихъ въ столкновеніи съ интересами частными, они естественно пріобрѣтаютъ привычку относиться къ этимъ послѣднимъ отрицательно. Они естественно склонны слишкомъ широко смотрѣть на требованія интересовъ управленія и слишкомъ преувеличивать всякую опасность для общественнаго интереса. Всякая граница, поставляемая власти администраціи, будучи чувствуема ими, прежде всего, какъ стѣсненіе, покажется имъ слишкомъ узкой [1]).

Для такой организаціи, которая-бы вполнѣ соотвѣтствовала требованіямъ административнаго суда, необходимо устранить оба недостатка: устранить все противорѣчащее требованіямъ правильной судебной организаціи вообще и внести новый элементъ въ составъ суда—элементъ народный и притомъ въ формѣ болѣе постояннаго участія, т. е. въ формѣ шеффеновъ [2]).

Новое прусское законодательство отвѣчаетъ этимъ требованіямъ, если не вполнѣ, то, по крайней мѣрѣ, въ значительной степени. Сліяніе органовъ административнаго суда и органовъ активной администраціи оно допускаетъ, но не какъ принципіальное требованіе, а только какъ дѣло практическаго удобства, въ одной только первой инстанціи суда.

Для двухъ высшихъ инстанцій оно принимаетъ систему смѣстныхъ коллегій, но въ значительно смягченномъ и исправленномъ видѣ. Въ составъ коллегіи входятъ не непремѣнно чиновники, а только лица, обладающія необходимой квалификаціей для занятія высшихъ административныхъ должностей. Слѣдовательно, тутъ дается въ составѣ суда представительство не интересовъ администраціи, а только знаній, необходимыхъ для дѣла управленія, и притомъ, какъ увидимъ ниже, именно знаній, а не только рутины административной практики. Но что еще важнѣе, такъ это то, что начало несмѣняемости распространено на всѣхъ назначаемыхъ членовъ коллегій.

Наконецъ, для двухъ первыхъ инстанцій—и въ этомъ заключается главная заслуга новой организаціи административнаго суда въ Пруссіи—введено участіе народнаго элемента въ формѣ шеффеновъ. Этимъ прус-

---

[1]) Max Seydel, Grundzüge der allg. Staatslehre, 1873, S. 95.

[2]) Gneist, Rechtsstaat, contra—Pözl, Krit. Viert. Schrift 1878, S. 125—127.

ское законодательство первое указало на тотъ идеалъ, къ какому долженъ стремиться въ своемъ развитіи каждый административный судъ.

Правда, уже баденскій законъ 1863 года предоставляетъ административную юрисдикцію первой инстанціи окружнымъ совѣтамъ (Bezirksräthe), состоящимъ подъ предсѣдательствомъ окружнаго начальника (Bezirksbeamte) изъ совѣтниковъ, не принадлежащихъ къ профессіональному чиновничеству. Но, во-первыхъ, въ этихъ совѣтникахъ никоимъ образомъ нельзя видѣть независимаго народнаго элемента. Они назначаются на два года министромъ внутреннихъ дѣлъ, изъ кандидатовъ, представляемыхъ въ тройномъ количествѣ уѣзднымъ собраніемъ. Во-вторыхъ, участіе народнаго элемента и въ этомъ видѣ, допущено не ради интересовъ административнаго суда, а ради активнаго управленія. О привлеченіи народного элемента, въ составъ административнаго суда второй (и послѣдней) инстанціи не было и рѣчи [1]).

Такимъ образомъ Пруссіи, несомнѣнно, принадлежитъ первый шагъ въ этомъ дѣлѣ. Но какъ ни важенъ сдѣланный ею шагъ, въ смыслѣ провозглашенія и принятія принципа, въ практическомъ его осуществленіи нельзя не замѣтить существенныхъ недостатковъ.

Достаточно широкое развитіе, участіе народнаго элемента получило только въ низшей инстанціи, гдѣ органомъ административнаго суда является уѣздный комитетъ (Kreisausschuss), вѣдающій и активное управленіе. Во второй инстанціи (въ окружныхъ административныхъ судахъ) значеніе его, какъ мы это увидимъ ниже, сведено на дѣлѣ до такихъ скромныхъ размѣровъ, что онъ совершенно подавляется элементомъ профессіональнымъ. Въ третьей, послѣдней инстанціи (въ главномъ административномъ судѣ), участіе народнаго элемента вовсе исключено.

Если бы главный административный судъ вѣдалъ дѣла только въ послѣдней, ревизіонной или хотя бы во второй, апелляціонной инстанціи, то участіе въ немъ народнаго элемента представлялось бы пожалуй и излишнимъ. Но дѣло въ томъ, что нѣкоторыя дѣла имъ рѣшаются непосредственно въ первой и послѣдней инстанціи. Поэтому организація административнаго суда много бы выиграла въ послѣдовательности, если бы функціи главнаго суда строго ограничились одной ревизіонной дѣятельностью.

Двоякій характеръ назначаемыхъ судей, какъ мы сказали, является въ прусскихъ судахъ въ смягченномъ видѣ: требуется для однихъ, чтобы они обладали качествами, требуемыми закономъ для занятія судебныхъ, для другихъ—высшихъ [т. е. не ниже члена окружнаго правленія (Regierung)] административныхъ должностей. На практикѣ,

---

[1]) Смотри Weizel, Das Badische Gesetz vom 5 october 1863. Karlsruhe 1864.

впрочемъ, членами административныхъ судовъ назначаютъ лицъ уже занимавшихъ такія должности. Но современемъ это легко можетъ измѣниться.

Вопросъ о томъ, какія именно качества требуются отъ кандидата на высшія административныя должности и о томъ, какъ удостовѣряться въ ихъ наличности, при изданіи закона объ организаціи административныхъ судовъ, не былъ опредѣленъ закономъ.

Изъ старыхъ регулятивовъ сохранялъ свое дѣйствіе [1]) только регулятивъ, опредѣлявшій порядокъ испытаній кандидатовъ на ландратскія должности 13 мая 1838 года. Регулятивъ 14 февраля 1846 года былъ парализованъ въ своемъ дѣйствіи министерскимъ распоряженіемъ отъ 1 іюля 1868 года, предписывавшемъ не принимать новыхъ референдаріевъ,—и такимъ образомъ сдѣлалось невозможнымъ для аспирантовъ прохожденіе необходимой, предписанной этимъ регулятивомъ ступени. Эта мѣра была вызвана чрезмѣрнымъ увеличеніемъ лицъ, получившимъ квалификацію къ занятію административныхъ должностей. Затѣмъ, хотя уже въ 1869 году, по предложенію деп. Бонина, палата депутатовъ постановила резолюцію о побужденіи правительства къ внесенію проекта новаго закона объ этомъ предметѣ, но правительство внесло его не раньше 1875 года [2]). Однако и тутъ дѣло двигалось очень тихо и только въ 1879 году изданъ былъ наконецъ законъ [3]).

Законъ этотъ представляетъ собою компромисъ правительства съ палатой депутатовъ. Такъ какъ наиболѣе разногласій возбуждалъ вопросъ о квалификаціи кандидатовъ на должности ландратовъ, то правительство исключило, наконецъ, изъ своего проекта постановленія, касающіяся этого вопроса. Палата, однако, прибавила отъ себя оговорку, что если до 1884 года не будетъ издано новаго закона взамѣнъ регулятива 1838 г., то далѣе правительство можетъ назначать и на ландратскія должности только такихъ лицъ, которыя удовлетворяютъ требованіямъ судебной или административной службы, какъ они опредѣлены настоящимъ закономъ.

Законъ, прежде всего, требуетъ отъ аспирантовъ университетскаго образованія. Трехлѣтнее изученіе юридическихъ и государственныхъ наукъ является и для занятія административныхъ должностей такимъ же необходимымъ условіемъ, какъ и для занятія судебныхъ. Затѣмъ, также

---

[1]) И будетъ сохранять впредь, не далѣе, впрочемъ, 1884 года.

[2]) Anlagen z. St. Ber. d. Abg. 1876, B. III, № 286, Bericht der XV Kom. von Dr. Nasse, S. 1731.

[3]) Онъ изданъ съ объясненіями, весьма тщательно составленными Л. Герфутомъ—Гейманомъ. Das Gesetz betreffend die Befähigung für den höheren Verwaltungsdienst vom 11 März 1879 nebst Ausführungs Verordnungen unter Benutzung amtlichen Quellen erläutert von Herrfurth. Berlin 1879.

какъ и для судебной карьеры, требуется прохожденіе стажа, именно четырехлѣтняго. Первая половина административнаго стажа совпадаетъ съ судебнымъ. Аспирантъ долженъ сдать первый юридическій экзаменъ и пробыть, по крайней мѣрѣ, два года при судебныхъ учрежденіяхъ. Въ коммисіи палаты депутатовъ 1876 года, было сдѣлано предположеніе сократить этотъ срокъ до одного года. Но предложеніе это не было принято главнымъ образомъ по тому соображенію, что для службы въ административныхъ судахъ требуется серьезное ознакомленіе съ судебной практикой. Лицо, представившее отъ судебнаго учрежденія удостовѣреніе въ томъ, что оно занималось при немъ въ теченіи установленнаго срока, назначается регирунгсъ-президентомъ того округа, въ которомъ онъ хочетъ заниматься, референдаріемъ окружнаго правленія (Regierungsreferendarius). Регулятивъ 1846 года, также какъ и правительственные проекты 1865 и 1876 годовъ, требовали для назначенія референдаріемъ предварительной сдачи особаго *экзамена* изъ государственныхъ наукъ, политической экономіи и камеральныхъ наукъ. Этотъ теоретическій экзаменъ долженъ-бы былъ служить повѣркой того, насколько человѣкъ сохранилъ пріобрѣтенныя въ университетѣ познанія изъ наукъ, особливо важныхъ для администратора. Но опытъ примѣненія на практикѣ этого постановленія регулятива 1846 года показалъ, что, будучи поставленъ среди практическаго стажа и имѣя довольно неопредѣленныя рамки, такой экзаменъ (по старому Regierungs Referendariats-Examen) превращается на практикѣ въ пустую формальность, дающую, однако, возможность, въ случаѣ надобности, устранить отъ административной карьеры способное, но почему-нибудь неудобное начальству лицо. Эти соображенія побудили обѣ палаты ландтага исключить изъ проекта постановленіе объ этомъ экзаменѣ и въ правительственныхъ проектахъ 1877 и 1878 года его уже не было. Такимъ образомъ, теперь для поступленія въ референдаріи не требуется никакого испытанія. Референдарій долженъ заниматься при ландратѣ и при окружномъ административномъ судѣ всего два года [1]). Общее наблюденіе за занятіями референдаріевъ принадлежитъ регирунгсъ-президенту [2]); ближайшее—начальнику того учрежденія, при которомъ состоитъ референдарій [3]). Въ началѣ каждаго года, министрамъ внутреннихъ дѣлъ и финансовъ, представляется списокъ референдаріевъ съ обозначеніемъ хода ихъ занятій [4]). Референдаріи должны постоянно посѣщать засѣданія того учрежденія, при которомъ состоятъ, дѣлать устные доклады о поручаемыхъ имъ дѣлахъ и излагать въ свободной рѣчи свои

---

[1]) Ges. betr. Verw-dienst, § 5.
[2]) Regulativ v. 29 Mai 1879 § 5.
[3]) Ibid § 6.
[4]) Ibid § 5 Abs. 2.

взгляды [1]). Занятія при административномъ окружномъ судѣ должны продолжаться не менѣе трехъ мѣсяцевъ [2]). Референдарій долженъ при этомъ научиться настолько, чтобы быть въ состояніи сдѣлать даже въ трудномъ дѣлѣ пробный докладъ, съ изложеніемъ фактической и юридической стороны дѣла, обоснованнаго мнѣнія о немъ и съ проектомъ рѣшенія [3]).

По истеченіи двухъ лѣтъ и по полученіи отъ регирунгсъ-президента удостовѣренія въ томъ, что референдарій уже достаточно подготовленъ, онъ допускается ко второму испытанію [4]). Испытаніе это производится особой коммисіей [5]). Она составляется изъ предсѣдателя и четырехъ членовъ. Предсѣдатель назначается по представленію министерства королемъ. Члены—по представленію министровъ внутреннихъ дѣлъ и финансовъ министерствомъ [6]). Испытаніе состоитъ изъ письменныхъ и устныхъ отвѣтовъ, по дѣйствующему въ Пруссіи публичному и частному праву, въ особенности по праву государственнаго устройства и управленія, а также и по экономической и финансовой политикѣ [7]). Письменное испытаніе состоитъ изъ двухъ работъ на темы изъ государственнаго или административнаго права и политической экономіи или государственнаго хозяйства [8]). Каждая изъ этихъ работъ должна быть выполнена въ теченіи шестинедѣльнаго срока, который, по уважительнымъ причинамъ, можетъ быть продолженъ до двухъ мѣсяцевъ [9]). Если обѣ работы будутъ признаны неудовлетворительными, то референдарій, по докладу коммисіи, отсылаются министрами къ дополнительному стажу на срокъ отъ шести до девяти мѣсяцевъ. Если неудовлетворительна только одна, то прежде такой отсылки задается еще одна тема [10]). Съ устнымъ испытаніемъ соединяется устный докладъ о дѣлѣ, на приготовленіе котораго дается три дня. Испытаніе не публично, но министры, а также директоры и совѣтники министерства могутъ присутствовать [11]). Въ случаѣ неудовлетворительности отвѣтовъ, референдарій можетъ быть допущенъ еще одинъ разъ къ испытанію, не ранѣе какъ черезъ шесть мѣсяцевъ [12]). Но если и затѣмъ испытаніе не будетъ выдержано, дальнѣйшія переэкзаменовки

---

[1]) Regulativ von 29 Mai 1879, § 7.
[2]) Ibidem, § 9.
[3]) Ibidem, § 10.
[4]) Ges. betr. Verw-dienst, § 6.
[5]) Regulativ vom 29 Mai 1879, § 17.
[6]) Ibidem, § 18.
[7]) Ges. betr. B. z. Verw. d. § 7.
[8]) Regulativ, § 19.
[9]) Ibidem, § 20.
[10]) Regulativ, § 21.
[11]) Ibidem, § 22.
[12]) Regulativ, § 25.

безусловно не допускаются [1]). Референдарій, сдавшій удовлетворительно это второе испытаніе, назначается регирунгсъ-ассесоромъ и признается способнымъ къ высшей административной службѣ [2]).

Что касается строя судовъ, то прежде всего всѣ они коллегіальны. И притомъ прусское законодательство строго проводитъ коллегіальное устройство. Оно не рѣшилось даже дать предсѣдателю перевѣшивающаго голоса, въ случаѣ раздѣленія голосовъ поровну. А для того чтобы могло всегда состояться большинство голосовъ, оно постановляетъ, что въ случаѣ присутствія четнаго числа членовъ, младшій изъ нихъ по возрасту, устраняется отъ участія въ голосованіи [3]), но не отъ обсужденія дѣла [4]). Въ отношеніи окружныхъ и главнаго административнаго суда постановлено еще, что докладчикъ, во всякомъ случаѣ, имѣетъ голосъ [5]).

Отводъ судей опредѣляется тѣми-же правилами, которыя примѣняются къ гражданскимъ судамъ данной мѣстности [6]).

Національная германская система трехъ инстанцій нашла себѣ примѣненіе и въ организаціи административныхъ судовъ. Тремя послѣдовательными инстанціями тутъ являются 1) уѣздные комитеты (Kreisausschuss); 2) окружные суды (Bezirksverwaltungsgerichte) и 3) главный административный судъ (Oberverwaltungsgericht) [7]).

По общему правилу, уѣздный комитетъ является первой инстанціей, окружной судъ—апеляціонной и главный судъ—ревизіонной. Но во многихъ случаяхъ первой инстанціей являются и окружные суды и, даже, главный судъ. Общимъ образомъ функціи суда первой инстанціи распредѣлены такимъ образомъ. Дѣла по жалобамъ на дѣйствія общинныхъ и волостныхъ властей вѣдаются въ первой инстанціи уѣздными комитетами. Дѣла, касающіяся дѣйствій мѣстъ и властей уѣздныхъ—окружными судами. И, наконецъ, главный административный судъ рѣшаетъ, въ первой и послѣдней инстанціи, дѣла по спорамъ противъ распоряженій провинціальныхъ учрежденій [8]).

Правительственный проектъ закона объ организаціи административныхъ судовъ предполагалъ учредить, при административныхъ судахъ двухъ высшихъ инстанцій, институтъ прокуратуры. Оберъ-прокуроръ (Oberstaatsanwalt) при главномъ судѣ и его товарищи, если такіе по-

---

[1]) Ibidem, § 26.

[2]) Gesetz betr. d. B. z. Verw-dienst, § 8.

[3]) Ges. betr. Verw. Ger. §§ 13 und 28; Kreisordnung. § 138.

[4]) Entscheidungen d. O. V. G. B. I, S. 137.

[5]) Ges. betr. Verw. Ger. §§ 13 und 28.

[6]) Ibidem, § 33.

[7]) Всѣхъ уѣздныхъ комитетовъ—230; окружныхъ судовъ—16.

[8]) Смотри табелярное обозрѣніе компетенціи каждой изъ этихъ инстанцій административнаго суда Brauchitsch I. Tabelle, A, B. E und F.

требуются, должны были быть назначаемы королемъ, по представленію министерствъ. Ихъ предполагалось сдѣлать подчиненными органами министерства и какъ такихъ не надѣлять несмѣняемостью. При окружныхъ судахъ предполагалось, не учреждая особыхъ органовъ прокуратуры, ограничиться пока правительственными коммисарами, по назначенію регирунгсъ-президента [1]). Это постановленіе нашло себѣ противника, прежде всего, въ лицѣ Ласкера, находившаго, что каждое административное учрежденіе является стороной въ процессѣ и есть само прокурорскій надзоръ [2]).

Мотивируя свое предложеніе, составители правительственнаго проекта указывали на то, что рѣшеніе спорныхъ административныхъ дѣлъ, относящихся къ области публичнаго права лишь въ ограниченной мѣрѣ, не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ компромиса сторонъ, что рѣшеніе хотя и относящееся непосредственно къ одному частному случаю можетъ, невѣрно опредѣляя мѣру полномочій администраціи, имѣть вредное вліяніе на общій строй публичныхъ отношеній. Постановленное въ пользу стороны—въ силу хотя бы только извѣстнаго нерадѣнія противостоящаго ей общиннаго или т. п. учрежденія,—несправедливое рѣшеніе о способѣ распредѣленія общественныхъ повинностей, пользованіе общинными угодьями и т. п. почти всегда сказывается невыгодно на интересахъ третьихъ лицъ [3]).

Изъ этой мотивировки видно, что правительство дало вопросу о введеніи прокуратуры въ административныхъ судахъ, несовсѣмъ правильную, а главное слишкомъ одностороннюю постановку [4]). Нѣтъ сомнѣнія, что прокуратура должна быть блюстительницей общественныхъ интересовъ. Но интересы эти могутъ страдать не только отъ рѣшенія постановленнаго противъ администраціи, но и отъ такого рѣшенія, которое слишкомъ расширяетъ кругъ ея полномочій, несправедливо стѣсняя осуществленіе правъ отдѣльныхъ личностей. Основной идеей организаціи прокуратуры должно быть то, что общественный интересъ можетъ быть одинаково нарушенъ, какъ рѣшеніемъ постановленнымъ противъ администраціи, такъ и рѣшеніемъ постановленнымъ въ пользу ея.

Между тѣмъ коммисія палаты депутатовъ встала при обсужденіи этого вопроса на ту же почву, на какой стоитъ и правительственный проектъ, а потому немудрено, что она пришла къ убѣжденію о совершенной ненужности этого института. По мнѣнію коммисіи, прокуратурѣ пришлось бы или принять на себя роль стороны, или поучать судъ о

---

[1]) Anl. z. st. Ber. d. Abg. H. 1875, B I, № 20, 274. Gesetzentwurf §§ 30—32.

[2]) St. Ber. d. Abg. H. 1875, I, S. 168.

[3]) Также повидимому ставитъ вопросъ и Schmitt, Die Grundlagen, S. 125.

[4]) Anl. d. Abg. H. 1875, I, S. 281.

томъ, какъ онъ долженъ судить. Въ большинствѣ случаевъ, одной изъ сторонъ является общественное учрежденіе, которое и будетъ естественнымъ представителемъ общественнаго интереса. Въ тѣхъ случахъ, когда въ немъ участвуютъ только частныя лица, какъ въ большинствѣ споровъ по призрѣнію бѣдныхъ, общественный интересъ обыкновенно не затрогивается. Опытъ рейнскихъ гражданскихъ судовъ и дѣло о разводахъ показалъ достаточно, что участіе прокуратуры въ такихъ частныхъ спорахъ совершенно излишне. Въ тѣхъ немногочисленныхъ случаяхъ, когда и въ спорахъ между частными лицами (куда слѣдуетъ отнести и представителей общинъ, волостныхъ и уѣздныхъ союзовъ) (Vorstande von Gemeinden, Amts-und Kreisverbände) затрогиваются общественные интересы, дѣлу можно пособить, предоставивъ регирунгсъ-президенту и соотвѣтственному министру право, когда найдутъ нужнымъ, посылать отъ себя въ судъ особыхъ коммисаровъ, которые бы и явились въ процесѣ представителями общественнаго интереса. Вмѣстѣ съ тѣмъ, сохраняя постановленія уѣзднаго устава о правѣ ландрата обжаловать, въ общественномъ интересѣ, всякое рѣшеніе уѣзднаго комитета, коммисія предполагала предоставить такое же право и регирунгсъ-президентамъ, въ отношеніи рѣшеній окружныхъ судовъ. Предложеніе коммисіи было принято ландтагомъ [1]).

Мы не коснулись еще одного очень важнаго вопроса, обыкновенно смѣшиваемаго съ вопросомъ о составѣ административныхъ судовъ. Мы говоримъ о положеніи административныхъ судовъ въ ряду другихъ государственныхъ учрежденій. Въ Пруссіи административные суды не включены въ общую систему судебной организаціи. Напротивъ, они отнесены къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ. Только главный административный судъ поставленъ, въ этомъ отношеніи, въ болѣе самостоятельное положеніе. По крайней мѣрѣ представленіе кандидатовъ на должность члена главнаго суда и утвержденіе наказа, опредѣляющаго порядокъ его дѣлопроизводства, принадлежитъ по закону не министру внутреннихъ дѣлъ, а всему министерству.

Въ этомъ отнесеніи административныхъ судовъ къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ нельзя не видѣть существеннаго недостатка новой организаціи. Разъ административнымъ судамъ обезпечивается самостоятельность и члены ихъ признаются несмѣняемыми, нѣтъ никакихъ серьезныхъ основаній требовать присоединенія ихъ непремѣнно къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ. Между тѣмъ, отъ включенія и административныхъ судовъ въ общую систему судебной организаціи получились бы весьма существенныя выгоды. Будучи присоединены къ общимъ судамъ, будучи слиты съ ними въ одинъ организмъ,

[1]) Anl. z. Sten. Ber. d. H. d. Abg. 1875, B. III, № 271, S. 1673.

административные суды, это новое учрежденіе, само собой сдѣлались бы причастны и усвоили бы себѣ всѣ традиціи и общій духъ независимости и безпристрастности, которой исторически развился въ организаціи общихъ судовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, такое соединеніе устранило бы весьма неудобное раздѣленіе юстиціи. При существованіи двухъ параллельныхъ и независимыхъ другъ отъ друга системъ судовъ, легко можетъ получиться подрывающая прочность и авторитетъ правоваго порядка двойственность и противорѣчія въ толкованіи однихъ и тѣхъ же постановленій закона. Какъ ни различны частное и административное право, есть цѣлый рядъ точекъ ихъ соприкосновенія и на практикѣ нельзя обойтись безъ того, чтобы общіе и административные суды не разъясняли однихъ и тѣхъ вопросовъ права. Наконецъ—и это соображеніе не безъ практическаго значенія—тогда бы только исчезло и изъ языка, и изъ общаго сознанія это противоположеніе административныхъ судовъ—судамъ общимъ, противуположеніе, ведущее и къ сбивчивости понятій, и къ униженію въ глазахъ общества авторитета этихъ «не общихъ», а какихъ-то особенныхъ судовъ. Не надо забывать, что все особенное невольно представляется отрицаніемъ начало равенства предъ закономъ [1]).

Въ отношеніи собственно къ прусскимъ административнымъ судамъ, невключеніе ихъ въ общую систему судебной организаціи находитъ себѣ въ частности оправданіе въ томъ, что въ первой инстанціи они слиты съ органами активной администраціи, а въ двухъ высшихъ—составъ членовъ не вполнѣ однороденъ съ составомъ общихъ судовъ. Но соединеніе административныхъ судовъ съ общими можно бы было ограничить двумя высшими инстанціями. Что же касается разнородности состава административныхъ судовъ, то при несмѣняемости всѣхъ членовъ безразлично, это соображеніе не могло бы составить, само по себѣ, рѣшительнаго препятствія.

Замѣтимъ еще, что разъединеніе судовъ административныхъ и общихъ, повидимому, должно увѣковѣчить существованіе въ прусскомъ правѣ института конфликтовъ.

Не рѣшившись включить административные суды въ общую систему судебной организаціи, прусское законодательство, съ другой стороны, поставило ихъ въ одномъ вопросѣ въ болѣе самостоятельное отношеніе къ администраціи, нежели въ какомъ стоятъ сами общіе суды. Въ отношеніи къ административнымъ судамъ возбужденіе конфликтовъ не до-

---

[1]) Bähr, Der Rechtsstaat. 1866 S. 71. Schmitt, Die Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege. 1878, S. 121. Stengel in Hirth's Annalen, 1875, S. 372, 373. Rösler in Grünhut's Zeitschrift, 1877, contra—Gneist, Verhandlungen des XII deutschen Juristentages 1875, B. III, 238.

допускается; они сами самостоятельно рѣшаютъ вопросы о подсудности [1]).

Въ коммисіи палаты депутатовъ были сдѣланы предположенія, значительно измѣняющія этотъ порядокъ. А именно, въ случаѣ конфликта административнаго суда и административнаго учрежденія, онъ долженъ былъ, по предложенію коммисіи, разрѣшаться въ порядкѣ инстанцій, а не непосредственно главнымъ судомъ. Но, что еще важнѣе, въ случаѣ конфликта съ судами—рѣшеніе дѣла предоставлялось, по предложенію коммисіи, особому сенату подъ предсѣдательствомъ президента оберъ-трибунала, изъ членовъ этого трибунала и главнаго административнаго суда [2]). Но предположеніе это встрѣтило энергичное возраженіе со стороны профессора Гнейста [3]) и министра юстиціи Леонгардта [4]) и не было принято.

V.

Организація низшей инстанціи административнаго суда—уѣздныхъ комитетовъ — представлялась самымъ труднымъ дѣломъ. Организація низшихъ инстанцій и вообще представляетъ большія трудности, а въ отношеніи административныхъ судовъ эта трудность еще увеличивается въ силу свойственныхъ имъ особенностей.

Низшія инстанціи естественно служатъ основаніемъ всей организаціи: онѣ опредѣляютъ общій характеръ, онѣ рѣшаютъ ея судьбу. Высшія инстанціи могутъ устранять частныя неправильности въ дѣятельности низшихъ инстанцій, но ничего не могутъ сдѣлать для устраненія ихъ органическихъ недостатковъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ низшихъ инстанціяхъ организація имѣетъ несравненно большее значеніе, нежели въ высшихъ. Для высшихъ инстанцій, при немногочисленности ихъ персонала и ихъ высокомъ положеніи, всегда можно найти и лучшихъ людей. А качество дѣятелей въ значительной степени можетъ исправить или, по крайней мѣрѣ, парализовать недостатки организаціи. Въ низшихъ инстанціяхъ, наоборотъ, нельзя разсчитывать на высокія качества персонала и въ подробностяхъ организаціи приходится искать противовѣса возможнымъ недостаткамъ персонала.

Въ отношеніи административныхъ судовъ дѣло еще болѣе затрудняется. Такъ какъ рѣшеніе вопросовъ факта преимущественно выпадаетъ на долю низшихъ инстанцій, то въ отношеніи къ нимъ и сказы-

---

[1]) Ges, betr. Verw. Ger. § 83, alinea, 3.

[2]) Anlagen z, St. Ber. d. Abg. H. 1875, III, № 271, S. 1676, 1695.

[3]) St. Ber. d. Abg. H. 1875, II, S. 1588—1590.

[4]) Ibidem, S. 1579—1581; 1586—1588; 1791.

вается наиболѣе сильно особенная природа административной юрисдикціи. Именно судамъ первой инстанціи предстоитъ трудное дѣло установки фактовъ и первой, непосредственной ихъ оцѣнки. Поэтому понятно, что вопросъ объ организаціи первой инстанціи суда возбуждаетъ, при его обсужденіи, много сомнѣній.

Въ видахъ большаго сближенія административной юрисдикіи съ активнымъ управленіемъ, рѣшено было административные суды первой инстанціи учредить въ каждомъ уѣздѣ (Kreis), какъ въ настоящемъ сосредоточеніи всего мѣстнаго управленія и притомъ предоставить предсѣдательство въ нихъ ландрату, т. е. лицу, стоящему во главѣ всего уѣзднаго управленія. Слѣдовало-ли проводить объединеніе активнаго управленія и административной юрисдикціи еще далѣе и ввѣрить и то и другое одному и тому-же учрежденію, или-же, напротивъ, учредить подъ предсѣдательствомъ ландрата два отдѣльныхъ присутствія, для осуществленія каждой изъ этихъ функцій, было спорнымъ вопросомъ. Правительство не находило ничего возразить противъ такого раздѣленія съ принципіальной точки зрѣнія. Но практическія соображенія требовали, по его мнѣнію, соединенія функцій административной юрисдикціи и активнаго управленія въ рукахъ одного присутствія.

Все веденіе дѣла съ однимъ присутствіемъ будетъ ландратомъ совершаться гораздо легче и скорѣе, нежели съ двумя, рядомъ функціонирующими и требующими гораздо большей затраты силъ и времени. При двухъ присутствіяхъ сдѣлаются неизбѣжными конфликты и взаимныя затрудненія. Наконецъ, при объединеніи уѣзднаго управленія оно, во всякомъ случаѣ, легче пріобрѣтатъ довѣріе населенія [1]).

Несмотря на относительную слабость этихъ аргументовъ, соединеніе судебной и распорядительной функціи въ рукахъ одного уѣзднаго комитета [2]), было принято ландтагомъ, но и затѣмъ оставалось еще немало спорныхъ вопросовъ о подробностяхъ организаціи этихъ уѣздныхъ комитетовъ. Въ первоначальномъ проектѣ 1869 года предполагалось составить ихъ изъ шести выборныхъ, неполучающихъ вознагражденія членовъ. Трое изъ нихъ должны быть избираемы волостными старшинами (Amtshauptleute) и членами магистратовъ изъ своей среды. Трое остальныхъ—уѣзднымъ собраніемъ, изъ всѣхъ обывателей уѣзда.

Этотъ проектъ нашелъ себѣ весьма серьезнаго критика со стороны Гнейста. Онъ считалъ одинаково неудобнымъ и двойственность избирающихъ коллегій и самое назначеніе членовъ комитета по выбору. Онъ

---

[1]) Kreisordnung S. 211.

[2]) Отклонено было также предложеніе (Krech), сдѣланное при обсужденіи закона 3 іюля 1875 г. о томъ, чтобы уѣздный комитетъ, когда онъ функціонируетъ какъ судъ, назвать Kreiswervaltungsgericht St. Ber. d. *H.* d. Abg. 1875, II, S. 1552.

полагалъ болѣе цѣлесообразнымъ установить такой порядокъ назначенія членовъ, чтобы ландратъ, вмѣстѣ съ предсѣдателемъ уѣзднаго совѣта, составляли списокъ членовъ и представляли его на утвержденіе уѣзднаго собранія. Въ случаѣ, если-бы между ландратомъ и собраніемъ не состоялось соглашенія, то дѣло-бы рѣшалось провинціальнымъ совѣтомъ. Такой порядокъ назначенія, по мнѣнію Гнейста, представлялъ-бы слѣдующія выгоды: 1) устранялось-бы вліяніе партій, 2) интересъ дѣла ставился-бы на первый планъ и 3) устранялось бы раздѣленіе состава уѣзднаго комитета. [1])

Проектъ 1871 года измѣнилъ постановленія прежняго проекта, но не совсѣмъ въ томъ смыслѣ, какъ это предлагалъ сдѣлать Гнейстъ. Двойственность состава была совершенно устранена, но выборное начало сохранилось.

Проектъ этотъ слѣдующимъ образомъ опредѣлялъ составъ уѣзднаго комитета. Онъ состоитъ изъ ландрата и шести членовъ, избираемыхъ уѣзднымъ собраніемъ изъ обывателей уѣзда, абсолютнымъ большинствомъ голосовъ. Священно и церковно-служители, народные учителя и судьи не могутъ быть избираемы за исключеніемъ, впрочемъ, техническихъ членовъ торговыхъ, промышленныхъ и тому подобныхъ судовъ. По мѣрѣ надобности, комитетъ можетъ приглашать свѣдущихъ лицъ, въ томъ числѣ и юристовъ, къ веденію своихъ дѣлъ, но въ засѣданіяхъ они имѣютъ лишь совѣщательный голосъ. Въ общемъ, эти постановленія были приняты ландтагомъ и вошли въ законъ. Только въ подробностяхъ сдѣланы были нѣкоторыя измѣненія. Въ коммисіи палаты депутатовъ было признано необходимымъ, чтобы въ составѣ уѣзднаго комитета, имѣющаго судебныя функціи, былъ по крайней мѣрѣ одинъ юристъ. Поэтому она полагала исключить постановленіе правительственнаго проекта, что судьи не могутъ избираться въ члены комитета. Въ виду того, что со временемъ въ каждомъ уѣздѣ долженъ быть судья, завѣдывающій ипотечной частью, онъ съ большимъ удобствомъ, какъ непринимающій участія въ юрисдикціи, можетъ быть избираемъ въ комитетъ. Но коммисія придавала нахожденію въ составѣ комитета юриста такое большое значеніе, что не могла ограничиться однимъ этимъ измѣненіемъ. Нѣкоторые члены коммисіи, въ томъ числѣ и докладчикъ ея Ласкеръ, полагали необходимымъ сдѣлать обязательнымъ нахожденіе при каждомъ комитетѣ особаго юриста синдика. Но большинство признало обязательность избранія синдика только въ тѣхъ случаяхъ, когда въ комитетѣ не имѣется между членами ни одного юриста. Однако и это, такъ ограниченное, предложеніе не было принято ландтагомъ. Законъ только предоставляетъ уѣздному собранію право, въ случаѣ надобности,

[1]) Gneist, Kreisordnung. 1870 S. 85 und 89.

назначить одного синдика, съ предоставленіемъ ему совѣщательнаго голоса [1]).

Такое разрѣшеніе вопроса едва-ли можно признать удачнымъ. Введеніе въ коллегію не юристовъ, призванныхъ, однако, отправлять судебныя функціи, юриста по профессіи, съ совѣщательнымъ голосомъ — мѣра очень сомнительная. Имѣя только совѣщательный голосъ, синдикъ естественно отстраняется отъ всякой отвѣтственности за постановленныя рѣшенія, а между тѣмъ, на дѣлѣ, онъ, будучи нерѣдко единственнымъ свѣдущимъ и оплачиваемымъ членомъ, не можетъ не пріобрѣсть рѣшительнаго вліянія на весь ходъ дѣлъ въ уѣздномъ комитетѣ. Вмѣстѣ съ ландратомъ онъ легко можетъ совершенно лишить всякаго значенія и вліянія остальныхъ, почетныхъ членовъ уѣзднаго комитета, непривыкшихъ къ дѣлу и дорожащихъ каждой минутой, отнимаемой у нихъ неоплачиваемой службой.

Относительно условій избираемости, § 131 уѣзднаго устава ограничивается требованіемъ тѣхъ-же условій, какія указаны въ § 96. Эта ссылка на § 96 возбуждаетъ нѣкоторое сомнѣніе. Въ § 96 сказано, что право на личное участіе въ выборахъ членовъ уѣзднаго собранія имѣютъ тѣ изъ *землевладѣльцевъ, промышленниковъ и владѣльцевъ горныхъ пріисковъ,* которые 1) суть подданные германской имперіи и обладаютъ самостоятельностью, т. е. имѣютъ 21 годъ и не подверглись ограниченію власти распоряжаться своимъ имуществомъ по опредѣленію суда и 2) не лишены гражданской чести; право на участіе въ выборахъ не можетъ быть осуществляемо во время конкурса, судебнаго преслѣдованія по обвиненію въ преступленіи (Verbrechen) или въ такомъ проступкѣ (Vergehen), который влечетъ за собою потерю гражданской чести, и во время предварительнаго ареста.

По грамматической конструкціи этого параграфа, несомнѣнно слѣдуетъ заключить, что къ условіямъ избираемости отнесены только тѣ качества, которые перечислены подъ цифрами 1) и 2). Но по существу дѣла конечно и требованія, чтобы избиратель былъ изъ землевладѣльцевъ, промышленниковъ или владѣльцевъ горныхъ пріисковъ—также условія избираемости. Какія-же качества считать необходимыми для избираемости въ члены уѣзднаго комитета? Практика, и совершенно правильно, толкуетъ такъ, что для избираемости въ члены комитета требуются только тѣ качества, которыя въ § 96 прямо перечислены въ качествѣ *условій* подъ цифрами 1) и 2). Быть землевладѣльцемъ или промышленникомъ для этого не требуется [2]).

---

[1]) Hahn, Kreisordnung, s. 312 und 11.

[2]) Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 juli 1875, s. 13, Note 3.

новая организація мѣстнаго управленія, опредѣляется § 75 уѣзднаго устава, постановляющимъ, что ландратъ назначается королемъ, но уѣздному собранію принадлежитъ право предлагать кандидатовъ изъ числа мѣстныхъ землевладѣльцевъ и волостныхъ начальниковъ. Это постановленіе страдаетъ тѣмъ, что слишкомъ съуживаетъ кругъ лицъ, изъ которыхъ можетъ быть избранъ ландратъ. Должности членовъ уѣзднаго комитета, окружныхъ административныхъ судовъ, окружнаго и провинціальнаго совѣта, бургомистровъ, синдиковъ и т. п. стоятъ гораздо выше должностей волостныхъ начальниковъ, а между тѣмъ лица занимающія ихъ, не причисляются къ кругу тѣхъ лицъ, изъ которыхъ уѣздное собраніе можетъ выбирать кандидатовъ на ландратскія должности [1]).

Какъ мы уже говорили, законъ 11 марта 1876 года не относится къ аспирантамъ на ландратскія мѣста. Ихъ квалификація и теперь опредѣляется регулятивомъ 10 іюля 1838 года. Регулятивъ этотъ постановляетъ, что ландратомъ могутъ быть назначены: 1) лица удовлетворяющія требованіямъ для занятія высшихъ административныхъ должностей или 2) высшихъ судебныхъ должностей, 3) получившія удостовѣреніе, что они достаточно подготовлены для допущенія ко второму испытанію, 4) сдавшія особое испытаніе, установленное этимъ регулятивомъ для кандидатовъ на должность ландрата, или наконецъ, въ 5-хъ освобожденныя королемъ отъ сдачи этого испытанія.

Установленное для кандидатовъ на должности ландратовъ особое испытаніе производится коммисіей, составляющейся подъ предсѣдательствомъ регирунгсъ-президента, изъ трехъ членовъ избираемыхъ для каждаго раза особо, изъ начальниковъ отдѣленій и старшихъ совѣтниковъ. Оно состоитъ изъ устныхъ и письменныхъ отвѣтовъ и имѣетъ преимущественно практическій характеръ. Въ практикѣ все дѣло сводится къ пустой формальности.

Члены уѣзднаго комитета выбираются на шесть лѣтъ. Каждые два года выбываетъ треть членовъ [2]). Но они могутъ быть лишены званія и до этого срока, въ порядкѣ дисциплинарнаго производства, согласно постановленіямъ закона 21 іюля 1851 года, о дисциплинарной отвѣтственности должностныхъ лицъ. Первой инстанціей при этомъ является окружной административный судъ, второй—главный судъ. Представитель обвиненія назначается отъ министерства внутреннихъ дѣлъ [3]).

Засѣданія уѣзднаго комитета происходятъ въ мѣстѣ оффиціальнаго

---

[1]) Herfurth, Das Gesetz vom 11 März 1879.

[2]) Kreisordnung, § 133.

[3]) Komp. Ges. § 11. Сопоставленіе законовъ 1851 и 1852 годовъ, опредѣляющихъ дисциплинарную отвѣтственность судебныхъ и несудебныхъ должностныхъ лицъ, смотри у Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 juli 1875, Berlin, 1879 ss. 165—200. И *его же,* Das Verwaltungs Streitverfahren, 1879, S. 267—271.

нахожденія ландрата [1]). Такъ бываетъ обыкновенно, но, какъ это разъяснено главнымъ административнымъ судомъ, если въ виду какой-либо надобности засѣданіе происходило въ другомъ мѣстѣ, это не составляетъ неправильности влекущей отмѣну постановленнаго въ такомъ засѣданіи рѣшенія [2]). Засѣданія назначаются ландратомъ [3]); онъ можетъ напередъ назначить опредѣленные дни для засѣденій [4]). Засѣданіе дѣйствительно когда присутствуетъ трое членовъ со включеніемъ предсѣдателя [5]).

Кромѣ уѣздныхъ комитетовъ, въ качествѣ административныхъ судовъ первой инстанціи функціонируютъ еще въ городахъ не включенныхъ въ составъ уѣзда (Stadtkreise) за исключеніемъ Магдебурга [6]), городскіе комитеты [7]) и въ гогенцоллернскихъ земляхъ—волостные комитеты [8]).

Городскіе комитеты (Stadtausschüsse) состоятъ изъ бургомистра, какъ предсѣдателя, и четырехъ членовъ, избираемыхъ магистратомъ изъ своей среды на срокъ, какой они засѣдаютъ въ магистратѣ. [9]). Тамъ, гдѣ нѣтъ коллегіальнаго магистрата, комитетъ составляется изъ членовъ, выбираемыхъ городскимъ собраніемъ изъ числа горожанъ на шесть лѣтъ; каждые три года выбываетъ половина членовъ [10]). Предсѣдатель или одинъ изъ членовъ долженъ быть юристомъ [11]).

Такимъ образомъ, эти городскіе комитеты, образованные въ 1876 г., закономъ о предѣлахъ вѣдомства, во многомъ отличаются по своему составу отъ уѣздныхъ.

Во первыхъ, юрисдикція тутъ отдѣлена отъ активной администраціи, сосредоточивающейся въ рукахъ магистрата. Это сдѣлано на томъ основаніи, что магистраты и такъ обременены дѣлами, и что они представляютъ слишкомъ многочисленныя коллегіи для того, чтобы въ нихъ могло установиться необходимое въ судебномъ дѣлѣ постоянство практики. Но затѣмъ, всетаки, было признано необходимымъ по возможности сбли-

---

[1]) Ges. betr. Verw. Ger. § 2.

[2]) Entsch. II, № 73. S. 451.

[3]) Kreisordnung, § 176.

[4]) Regulativ für Kreisausschüssen, 4 Apr. 1878, § 1. Masson замѣчаетъ, что достаточно *одного дня* въ мѣсяцъ, Das Verfahren, S. 46.

[5]) Kreisordnung, 138.

[6]) Уѣздъ Магдебургъ состоитъ изъ трехъ городовъ. Уѣздный комитетъ составляется въ немъ, подъ предсѣдательствомъ бургомистра Магдебурга, изъ шести членовъ, избираемыхъ уѣзднымъ собраніемъ изъ среды магистратовъ трехъ городовъ (Magdeburg, Neu-Stadt Magdeburg und Buckau.).

[7]) Komp. Ges. § 4.

[8]) Hohenzollernsche Amts und Landesordnung v. 2 Apr. 1873, Ges. betr. verw-Ger. § 8.

[9]) Komp. Ges. § 6.

[10]) Komp. Ges. § 8.

[11]) Komp. Ges. § 9.

зить эти двѣ коллегіи и потому выборъ членовъ комитета предоставленъ магистрату и ограниченъ его членами [1]).

Въ Гогенцоллернскихъ земляхъ волостной комитетъ (Amtsausschuss) состоитъ изъ оберамтмана и четырехъ членовъ, выбираемыхъ волостнымъ собраніемъ изъ волостныхъ обывателей [2]). Условія избираемости тѣ-же, что и въ уѣздный комитетъ, съ тѣмъ только ограниченіемъ, что могутъ быть избираемы лишь лица, въ теченіи истекшаго года платившія прямые налоги и неполучавшія пособія [3]). Выборы совершаются на шесть лѣтъ; каждые три года выбываетъ два члена [4]).

Окружные суды, являющіеся второй инстанціей административнаго суда, представляютъ собою старое изъ новыхъ административно-ссудныхъ учрежденій. Дѣло въ томъ, что еще союзный законъ объ индигенатѣ сдѣлалъ необходимымъ образованіе особыхъ административно-судныхъ учрежденій, которыя бы вѣдали примѣненіе этого закона подъ аппеляціей Bundesamt für Heimathswesen. Поэтому, прусскимъ закономъ 1871 года, марта 8, были учреждены особыя «Deputationen für das Heimathswesen», состоявшія изъ двухъ членовъ по назначенію короля и изъ трехъ по выбору. Изъ этихъ-то депутацій и образовались окружные административные суды. Уѣздный уставъ предоставилъ аппеляціонную повѣрку судебныхъ рѣшеній уѣзднаго комитета этимъ депутаціямъ, переименовавъ ихъ въ административные суды (Verwaltungsgerichte) и внеся нѣсколько измѣненій, вообще не очень значительныхъ, въ ихъ организацію. Самымъ важнымъ изъ этихъ измѣненій было то, что регирунгсъ-президенту было предоставлено право принимать предсѣдательство въ административномъ судѣ всегда, когда онъ найдетъ это нужнымъ [5]). Въ такомъ видѣ эти суды просуществовали до изданія закона 3 іюля 1875 года объ административныхъ судахъ.

Правительственный проектъ, сохраняя, въ общемъ, прежнюю организацію этихъ судовъ, переименовалъ ихъ въ *окружные* административные суды (Bezirksverwaltungsgerichte) и вносилъ двѣ существенныя поправки въ ихъ организацію. Во-первыхъ, взамѣнъ прежняго порядка назначенія лицъ къ засѣданію въ этихъ судахъ, какъ добавочной функціи къ другой, главной судебной или административной должности (nebenamtlich) онъ предлагалъ сдѣлать должность членовъ этихъ судовъ самостоятельною и притомъ пожизненною. Этимъ предполагалось дать имъ возможность посвятить себя всецѣло трудному и многосложному дѣлу admini-

---

[1]) Anl z. st. Ber. d. H. d. Abg. 1876, III, № 230. S. 1460. (Bericht von Hänel.)
[2]) Hohenzollernsche Amts und Landesordnung, 2 Ap. 1873, § 41.
[3]) Ibidem, §§ 41 и 18.
[4]) Ibidem, § 42.
[5]) Kreisordnung, § 187. Изданіе Hahn'a стр. 309—314 Note.

стративнаго суда, и сообщить имъ, соотвѣтственное званію судьи, независимое положеніе. Во-вторыхъ, проектомъ вновь отмѣнялось право регирунгсъ-президента принимать на себя предсѣдательство въ судѣ; въ взамѣнъ того предполагалось дать суду особаго предсѣдателя (директора) [1]).

При обсужденіи проекта въ палатѣ депутатовъ, его постановленіямъ, по этому вопросу, противупостановлено было предложеніе Кардорфа съ товарищами [2]). Они находили болѣе цѣлесообразнымъ дать и судамъ второй инстанціи такую же организацію, какую получили административные суды первой инстанціи. Поэтому они предполагали предоставить функціи суда второй инстанціи окружному комитету, подъ предсѣдательствомъ особо къ тому назначеннаго королемъ лица, комитету, который, подобно уѣздному комитету, долженъ быть вмѣстѣ и административнымъ распорядительнымъ учрежденіемъ. Авторы этого предложенія ссылались на аналогію съ уѣзднымъ комитетомъ, на неудобство отдѣленія административнаго суда отъ активнаго управленія, уже во второй инстанціи, въ виду того, что къ вѣдѣнію суда отнесены не одни вопросы права, наконецъ, въ особенности на то, что это раздѣленіе, ведя къ множественности рядомъ поставленныхъ учрежденій, неизбѣжно должно породить безконечныя пререканія о предѣлахъ вѣдомства [3]). Но постановленія правительственнаго проекта нашли себѣ энергическую защиту со стороны коммисіи палаты депутатовъ и предложеніе Кардорфа было отвергнуто ландтагомъ.

Коммисія, опровергая доводы Кардорфа, указывала на то, что и съ принятіемъ его предложенія не устранятся пререканія и сомнѣнія о разграниченіи спорныхъ и неспорныхъ административныхъ дѣлъ, такъ какъ они и тогда будутъ рѣшаться хотя и однимъ учрежденіемъ, но различнымъ порядкомъ, одни суднымъ, другія распорядительнымъ. Образованіе особаго органа административнаго суда второй инстанціи, представляетъ къ тому же большое практическое удобство; иначе скопленіе и разнообразіе дѣлъ было бы такъ велико, что члены такихъ комитетовъ не могли бы управиться. Наконецъ и съ принципіальной точки зрѣнія, отдѣленіе судебной функціи отъ распорядительной, какъ нельзя болѣе желательное, и въ первой инстанціи не принято только по соображеніями практическаго удобства [4]).

При второмъ чтеніи законопроекта въ палатѣ депутатовъ, всѣ гово-

---

[1]) Anlagen. z. Verh. d. H. d. Abg. 1865. B. I. № 20 S. 280.

[2]) Antrag der Abgeordneten von Kardorff, Bethusy-Huc, Tiedemann, Haucke Knesebek, Schneider. Anl. d. H. d. Abg. 1865, B. I, № 20, S. 280.

[3]) Anl. z. St. Ber. d. Abg. H. 1875, B. III, № 271, s. 1670, 1671, St. Ber. II, 1875, S. 1558 (рѣчь Кардорфа).

[4]) Ibidem, S. 1671, 1672.

ривше, кромѣ самаго Кардорфа, высказались противъ его поправокъ [1]). Особенное вниманіе обращаетъ на себя рѣчь Микеля. Онъ признавалъ, что предложеніе Кардорфа имѣетъ многое за себя. Если бы реформа совершилась 20—30 лѣтъ тому назадъ, то поправку эту можно бы было принять. Но теперь, въ силу долгаго замедленія реформы, административные органы потеряли къ себѣ довѣріе. Отдѣленіе административно-судныхъ дѣлъ отъ административныхъ (Verwaltungsjustizsachen и Verwaltungsbeschlussachen), не основано на ясномъ, очевидномъ *принципѣ* и многія дѣла одинаково могутъ быть отнесены и къ той, и къ другой группѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, гласность, устность и контрадикторность, это такія гарантіи, которыя одинаково примѣнимы и желательны и по отношенію къ чисто-административнымъ дѣламъ, рѣшаемымъ въ провинціальномъ комитетѣ. Если такъ, то, конечно, отсюда очень близкій переходъ къ мысли о соединеніи комитета и окружнаго суда. Кромѣ того, Микель выразилъ убѣжденіе, что все развитіе прусскихъ государственныхъ учрежденій идетъ къ тому, чтобы устранить заимствованное изъ Франціи искусственное раздѣленіе труда по различнымъ учрежденіямъ и что гарантіи должны быть отыскиваемы не въ этомъ раздѣленіи функцій, а въ самой организаціи учрежденій и въ порядкѣ дѣлопроизводства. Тѣмъ не менѣе, по практическимъ соображеніямъ, онъ считалъ поправку Кардорфа въ настоящее время неудобною къ принятію. Таковы обиліе дѣлъ и затѣмъ новость самаго дѣла. Лучше открыть больше свободы. Провинціальное собраніе можетъ, если хочетъ, выбрать въ окружной судъ и членовъ комитета. Наконецъ, образованіе отдѣльныхъ судовъ—лучшее средство освободиться отъ установившихся извращенныхъ (verkehrter) привычекъ администраціи [2]).

Такую же судьбу имѣло и предположеніе объ учрежденіи, взамѣнъ постоянныхъ судовъ, разъѣздныхъ судей. Предложеніе это было сдѣлано Ласкеромъ. Онъ находилъ совершенно излишнимъ имѣть въ каждомъ округѣ двухъ назначаемыхъ судей. Не могутъ же они двое все свое время тратить на то, на что трое выбранныхъ тратятъ только часть, на-ряду съ другими дѣлами. Онъ полагалъ, что достаточно двухъ судей на провинцію [3]). Было признано однако, что при этомъ потребовалось бы введеніе обязательнаго участія адвокатовъ, такъ какъ разъѣздной судья не можетъ также близко знакомиться съ каждымъ дѣломъ, какъ судья осѣдлый, а объясненія несвѣдущихъ въ правѣ сторонъ, часто только затемняютъ дѣло [4]).

---

[1]) Wohlers, Schluter, Miquèl, Windhorst, Gneist, Saucken-Tarputschen. St. Ber. d. H. d. Abg. 1875, II, SS. 1556—1565.

[2]) Sten. Ber. d. H. d. Abg., 1875, II, S. 1560, 1561.

[3]) St. B. d. Abg. H. 1875 I, S. 176.

[4]) Ibid. S. 1670.

По закону 3 Іюля 1875 г. окружной административный судъ состоитъ изъ пяти членовъ. Двое изъ нихъ пожизненные и назначаются королемъ. Трое другихъ выбираются провинціальнымъ собраніемъ на три года, но срокъ этотъ можетъ быть провинціальнымъ статутомъ опредѣленъ и иначе. Назначаемые члены должны обладать, одинъ—квалификаціей требуемой для замѣщенія судебныхъ, другой—высшихъ административныхъ должностей.

Выборные члены должны быть жителями даннаго судебнаго округа, имперскими подданными и удовлетворять условіямъ избираемости въ провинціальный ландтагъ. Не могутъ быть избираемы оберъ-президенты, регирунгсъ-президенты и вице-президенты, начальники полицейскихъ управленій и ландраты [1]).

Въ виду сравнительной немногочисленности членовъ окружнаго суда, явилась необходимость ввести институтъ замѣстителей (Stellvertreter). Замѣстители пожизненныхъ членовъ, за каждаго по одному, назначаются королемъ изъ лицъ, занимающихъ судебныя и административныя должности, въ мѣстѣ нахожденія окружнаго административнаго суда, причемъ срокъ назначенія опредѣляется сохраненіемъ замѣстителемъ своей должности въ данномъ мѣстѣ. Замѣстители выборныхъ членовъ, числомъ отъ 3 до 6, выбираются провинціальнымъ собраніемъ также какъ и члены [2]). Въ случаѣ совершеннаго выбытія выборнаго члена или замѣстителя до истеченія избирательнаго періода, провинціальнымъ комитетомъ назначается на его мѣсто новый [3]).

Въ отношеніи дисциплинарной отвѣтственности, ко всѣмъ членамъ окружнаго суда примѣняются постановленія закона 7 мая 1851 года о дисциплинарной отвѣтственности судей. Дисциплинарнымъ судомъ является по отношенію къ нимъ главный административный судъ. Кто назначаетъ прокурора не сказано [4]).

Выборные члены не получаютъ опредѣленнаго содержанія, а только суточныя и прогонныя [5]), какъ при поѣздкахъ въ судъ, если они живутъ не въ мѣстѣ нахожденія суда [6]), такъ и въ случаѣ командировокъ по дѣламъ суда [7]).

Предсѣдательство предоставляется королемъ одному изъ пожизненныхъ членовъ, получающему званіе директора суда [8]).

---

[1]) Ges. betr. Verw-Ger., § 9.
[2]) Ibidem, § 11.
[3]) Ges. betr. Verw-Ger., § 9.
[4]) Ges. betr. Verw.-Ger., § 12. B. Bismarck. l. c., S. 20, 21, Note, 3, 4, 5.
[5]) Ibidem, § 15.
[6]) Masson, Das Verfahren in Verwaltungs Sreitsachen, 1876, S. 23.
[7]) Busso v. Bismarck, S. 25 Note. 13.
[8]) Ges. betr. Verw-Ver. § 9.

Внутренній распорядокъ суда опредѣляется наказомъ, утверждаемымъ министромъ внутреннихъ дѣлъ [1]). Коммисія нижней палаты предполагала предоставить утвержденіе министру внутреннихъ дѣлъ и министру юстиціи. При второмъ чтеніи, противъ этого говорилъ министръ юстиціи, указавъ на то, что онъ имѣетъ дѣло только съ Justizgerichten, и что возможны разногласія между министрами. Но именно опираясь на послѣднее соображеніе, Генель настаивалъ на принятіи редакціи, предложенной коммисіей, и она дѣйствительно была принята палатой. Но палата господъ возстановила постановленіе правительственнаго проекта [2]). Теперь дѣйствуетъ наказъ отъ 25 декабря 1876 года [3]). Засѣданія происходятъ въ заранѣе опредѣленные дни, но предсѣдатель можетъ созывать и экстренныя собранія [4]).

Если обратить вниманіе только на составъ окружныхъ судовъ, то можетъ показаться, что и въ нихъ преобладающимъ элементомъ является элементъ выборныхъ: изъ пяти членовъ выборныхъ три. Но постановленія закона о порядкѣ засѣданій, и особенно толкованіе, даваемое имъ главнымъ административнымъ судомъ, совершенно измѣняетъ соотношеніе этихъ элементовъ, давая рѣшительный перевѣсъ элементу профессіональному. Этотъ вопросъ стоитъ того, чтобы на немъ остановиться. Онъ касается весьма важной стороны организаціи административныхъ судовъ и представляетъ любопытный примѣръ толкованія на основаніи парламентскихъ матеріаловъ.

§ 13 закона административныхъ судовъ постановляетъ, что засѣданіе окружнаго суда считается дѣйствительнымъ, когда въ немъ присутствуютъ *два* назначенныхъ члена и *одинъ* выборной. Рѣшенія постановляются большинствомъ голосовъ. Если же присутствуетъ четыре члена, то младшій по возрасту членъ не принимаетъ участія въ голосованіи. И Bundesamt für Heimathswesen держится буквальнаго смысла, отмѣняя тѣ рѣшенія депутацій, которыя постановлены съ устраненіемъ не младшаго изъ всѣхъ, а младшаго изъ выборныхъ членовъ.

Замѣтьте, законъ требуетъ устраненія отъ голосованія младшаго, не оговаривая, что онъ долженъ быть выборный. Относительно же членовъ по назначенію, требуется только присутствіе ихъ, а не участіе въ голосованіи. Таковъ буквальный смыслъ закона. Такъ же разрѣшался этотъ вопросъ и § 42 закона 8 марта 1871 года, опредѣлявшаго организацію такъ наз. Deputationen für Heimathswesen.

За то, въ правительственномъ проектѣ закона объ административ-

---

[1]) Ibidem, § 14.

[2]) St. B. H. Abg. 1875, II, SS. 1567, 1568; H. H. II S. 726.

[3]) Онъ напечатанъ у Busso Bismarck, l. c. S. 137—155, у Masson, l. c. S. 16 und ff. приведенъ прежній наказъ 1873 г.

[4]) Regulativ, § 1.

ныхъ судахъ, требовалось устраненіе младшаго *выборнаго* члена. Это различіе текста проекта съ текстомъ закона, казалось бы, еще болѣе подкрѣпляетъ то толкованіе, что устраняемъ долженъ быть младшій изъ всѣхъ членовъ. Но разсмотрѣніе исторіи обсужденія этого параграфа въ ландтагѣ наводитъ на сомнѣнія. Въ палатѣ депутатовъ, въ отмѣну постановленія правительственнаго проекта, было принято предложеніе v. Saucken-Tarputschen и Windthorst'a, чтобы засѣданія окружныхъ судовъ признавались дѣйствительными только при наличности всѣхъ пяти членовъ [1]). Коммисія палаты господъ находила невыполнимымъ это постановленіе на практикѣ [2]) и потому единогласно предложила возстановить текстъ правительственнаго проекта [3]), что и было принято палатой господъ. Но въ печатномъ докладѣ (Vorlage), послужившемъ основаніемъ вторичнаго обсужденія законопроекта въ палатѣ депутатовъ, слова «выборный», вѣроятно по ошибкѣ, не было [4]). Палата депутатовъ голосовала и приняла текстъ § 13 безъ этого слова. Основываясь на этихъ данныхъ и признавая, что отсутствіе въ текстѣ закона слова «выборный» есть простая ошибка, главный судъ толкуетъ § 13 такъ, что устраняемъ отъ голосованія долженъ быть непремѣнно выборный членъ [5]).

Такое толкованіе, однако, едвали можно признать правильнымъ. Ошибка тутъ конечно была, но только при составленіи предложенія, пересланнаго изъ палаты господъ въ палату депутатовъ. Но палата депутатовъ голосовала по этому ошибочному тексту и приняла только этотъ ошибочно составленный текстъ предложенія. Поэтому слѣдуетъ признать, что въ дѣйствительности тутъ вовсе не состоялось соглашенія двухъ палатъ. Палата господъ приняла одно, но невѣрно сообщила принятый текстъ другой палатѣ, а та приняла именно этотъ ошибочный текстъ. Отсутствіе соглашенія палатъ не было замѣчено во время и королевскую санкцію получило постановленіе принятое одной только палатой.

Толкованіе, принятое главнымъ судомъ, должно, конечно, имѣть важ-

---

[1]) Anl. z, Verh. d. H. d. Abg. 1875, B. III № 297, S. 1765.

[2]) Противъ него говорили и въ нижней палатѣ; между прочимъ Гнейстъ указываетъ на то, что частое приглашеніе на одно—два засѣданія замѣстителей, въ высшей степени нежелательно, такъ какъ это нарушаетъ характеръ постоянства дѣятельности суда, ставитъ рѣшеніе отдѣльныхъ дѣлъ въ зависимость отъ случайнаго отсутствія того или другого члена. st. B. d. H. d. Abg. 1875, II, S. 1563.

[3]) St. Ber. d. H. H., Anl., 1875, II, № 107, S. 722.

[4]) Dep. Doerck. сдѣлалъ было предложеніе, чтобы удаленіе отъ голосованія младшаго члена дѣлалось не обращая вниманія на различіе назначенныхъ и выборныхъ членовъ; только директоръ долженъ всегда сохранять голосъ; въ виду поправки Заумма, оно было взято назадъ. st. B. H. A. 1875, II, S. 1566, 1567.

[5]) Entsch. d. O. V. G., I, S. 437 и 450—443.

ное практическое значеніе. Такъ какъ присутствіе всѣхъ членовъ суда до одного, на практикѣ должно по необходимости представлять рѣдкое исключеніе, то нормальнымъ порядкомъ будетъ рѣшеніе дѣлъ двумя членами по назначенію и однимъ выборнымъ: безразлично присутствуетъ ли три или четыре члена. Слѣдовательно, значеніе выборнаго элемента сводится на дѣлѣ къ весьма скромнымъ размѣрамъ.

Устраненіе младшаго члена отъ голосованія, въ случаѣ присутствія четнаго числа членовъ, постановленіе общее и окружнымъ судамъ и уѣзднымъ комитетамъ. Но въ отношеніи окружныхъ судовъ постановлено, сверхъ того, что докладчикъ во всякомъ случаѣ имѣетъ голосъ. Постановленіе, конечно, очень разумное.

Референдаріи, какъ мы видѣли, должны между прочимъ заниматься и при окружныхъ судахъ. Является вопросъ, могутъ-ли они присутствовать при негласныхъ совѣщаніяхъ судей? Нѣтъ сомнѣнія, что для нихъ это принесло-бы гораздо больше пользы, чѣмъ присутствіе при одномъ публичномъ производствѣ. Но не пострадаютъ-ли отъ этого интересы правосудія? Даже въ общихъ судахъ, согласно имперскому закону 1877 года, гдѣ присутствіе при совѣщаніи лицъ, непринадлежащихъ къ составу суда, даже ревизоровъ, не допускается, въ отношеніи референдаріевъ сдѣлано исключеніе. Тѣмъ болѣе оно допустимо въ административныхъ судахъ, въ отношеніи къ которымъ въ законѣ не заключается прямого запрещенія о недопущеніи къ присутствію при совѣщаніи судей, другихъ лицъ. И главный административный судъ призналъ, что при совѣщаніяхъ уѣздныхъ комитетовъ могутъ присутствовать ревизоры. Руководясь этими соображеніями и министръ внутреннихъ дѣлъ въ циркулярѣ своемъ 1877 г. высказался въ смыслѣ допустимости присутствія референдаріевъ не только въ засѣданіяхъ, но и при совѣщаніяхъ судей [1]).

Составъ главнаго административнаго суда исключительно профессіональный. Такъ какъ по правилу судъ этотъ является лишь ревизіонной инстанціей и потому рѣшаетъ преимущественно вопросы матеріальнаго и формальнаго права, то участіе въ его составѣ народнаго элемента было признано ненужнымъ [2]). При первомъ чтеніи законопроекта въ палатѣ депутатовъ, возбужденъ былъ, правда, вопросъ о выборѣ нѣкоторыхъ членовъ суда народнымъ или провинціальными представительными собраніями [3]), но мысль эта не нашла вовсе поддержки себѣ уже въ коммисіи палаты депутатовъ [4]) и не получила осуществленія [5]).

---

[1]) Herrfurth, das Gesetz von 11 März 1879, 2 Aufl. 1879 § 57—59 Note 4.

[2]) Anlagen z. Verh. d. H. d. Abg. 1875, B. I, № 20, S. 280.

[3]) Предложеніе Heeremann'a, St. B. d. H. d. Abg. 1875, I, S, 134. II. S. 1569, 1570, 1571.

[4]) Anlagen z. Verh. d. H. d. Abg. 1875, B. III, № 271, S. 1672.

[5]) Гнейстъ считаетъ устраненіе въ составѣ главнаго суда народнаго элемента

При второмъ чтеніи противъ этого высказались Петри, Генель, Леонгардъ. Главныя возраженія сводились къ тому, что главный судъ рѣшаетъ только вопросы права и что затруднительно было-бы организовать выборъ членовъ. Провинціальныхъ ландтаговъ нѣсколько, а ландлагъ земскій не пригоденъ, такъ какъ предоставивъ ему выборъ, неизбѣжно внесешь элементъ политическій [1]).

Главный судъ состоитъ, по закону, изъ предсѣдателя, предсѣдателей отдѣленій (сенатовъ) и потребнаго числа совѣтниковъ [2]). Согласно опредѣленію бюджета на 1878—9 годъ, всѣхъ членовъ суда, со включеніемъ предсѣдателей—12. Предсѣдатель суда Персіусъ; въ случаѣ его отсутствія предсѣдательство принадлежитъ, какъ старшему члену—профессору Гнейсту [3]).

Всѣ члены назначаются, по представленію министерства, королемъ [4]). Для того, чтобы быть членомъ главнаго суда надо имѣть не менѣе 30 лѣтъ отъ роду [5]). Притомъ половина членовъ должна быть изъ лицъ, имѣющихъ право занять судейскую должность, другая—изъ лицъ, имѣющихъ право на занятіе высшихъ административныхъ должностей [6]). Членъ главнаго суда можетъ занимать, сверхъ того, только такую оплачиваемую должность, какую можетъ занимать и членъ общихъ судовъ [7]). Это ограниченіе, внесенное въ законъ палатой депутатовъ [8]), въ настоящее время не имѣетъ значенія, такъ какъ особыхъ ограниченій въ этомъ отношеніи для судей не существуетъ. Статья 88 конституціи, постановлявшая, что судьи не могутъ занимать другихъ оплачиваемыхъ должностей и что исключенія изъ этого могутъ быть допущены только на основаніи закона, отмѣнена закономъ 30 апрѣля 1856 года [9]). Изъ доклада коммисіи палаты депутатовъ видно, что при включеніи въ законъ этого постановленія имѣлось въ виду возстановленіе въ будущемъ отмѣненной 88 статьи конституціи 1850 года [10]).

только требованіемъ настоящаго переходнаго времени. Когда административная юрисдикція въ низшихъ инстанціяхъ вполнѣ окрѣпнетъ, это можетъ быть измѣнено Gneist, Kreisordnung, § 204.

[1]) St. B. d. Abg. II, 1875, I, S 1570, 1578—1581.

[2]) Gesetz, betr. Verw.-Gerichte, § 17.

[3]) Кромѣ Персіуса и Гнейста членами суда, къ началу 1880 года, состояли Meyeren, Jebens, Dahrstadt, Schmückert. Frank, Solger, Albrecht, Jacobi, Friedrichs и Richter. См. Entsch. B. I, II, III и V. «Personalchronik».

[4]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 18.

[5]) Ibid., § 17, Absatz 2.

[6]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 17, Abs. I.

[7]) Ibid. § 19.

[8]) Anlagen z. Verh. d. H. d. Abg. 1875, B. III, № 271, S. 1672.

[9]) Busso von Bismarck, das Gesetz vom 6 Iula 1875 Berlin 1879, § 26, Note 2.

[10]) Anlagen z. Verh. d. H. d. Abg. 1875, B. III, № 271, S. 1672.

Всѣ члены суда назначаются теперь пожизненно [1]). При изданіи закона объ устройствѣ административныхъ судовъ въ 1875 г. было постановлено, что до истеченія 1880 года могутъ быть, за исключеніемъ предсѣдателя и еще одного члена, назначаемы членами лица, занимающія другую должность, на время занятія ими этой должности [2]). Но законъ о предѣлахъ вѣдомства сократилъ этотъ срокъ такъ, что со времени изданія этого закона новые члены могутъ быть назначаемы только пожизненно [3]). Изъ наличныхъ членовъ только одинъ — профессоръ Гнейстъ—непожизненный членъ [4]).

Члены главнаго суда всѣ получаютъ опредѣленное содержаніе. Предсѣдатель—15,000 марокъ, пожизненные члены по 7,800 и непожизненные, въ видѣ добавочнаго содержанія, по 1,500.

Въ интересахъ обезпеченія большей независимости членовъ главнаго суда, законъ постановляетъ, что они не подлежатъ дисциплинарному преслѣдованію. Исключеніе изъ этого допускается лишь въ томъ случаѣ, когда кто-нибудь изъ нихъ будетъ приговоренъ къ наказанію за безчестное дѣяніе или къ лишенію свободы на срокъ болѣе одного года. Такой членъ *можетъ быть* постановленіемъ общаго собранія суда признанъ утратившимъ свой санъ и содержаніе [5]).

Если наказаніе такого рода, что само по себѣ влечетъ потерю должности—это *можетъ* обращатся въ «долженъ» [6]). Въ случаѣ возбужденія противъ члена суда уголовнаго преслѣдованія, онъ можетъ быть временно удаленъ отъ исправленія должности. При предварительномъ арестѣ это удаленіе совершается ipso jure. Въ обоихъ случаяхъ содержаніе сохраняется сполна [7]).

Въ случаѣ тѣлесной немощи (Gebrechen) или ослабленія тѣлесныхъ и душевныхъ силъ, мѣшающихъ отправленію обязанностей судьи, членъ увольняется въ отставку съ сохраненіемъ содержанія [8]). Если прошенія объ отставкѣ подано не будетъ, то предсѣдатель предлагаетъ подать прошеніе; въ случаѣ дальнѣйшаго отказа, увольненіе происходитъ по постановленію общаго собранія [9]).

При постановленіи рѣшеній объ исключеніи, временномъ удаленіи и увольненіи членовъ суда, соблюдается слѣдующій порядокъ производства.

---

[1]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 18.

[2]) Ibid. § 88.

[3]) Komp. Gesetz, § 174.

[4]) Сравни «Personalchronik» въ I и II томахъ Entscheidungen der O. V. G.

[5]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 21.

[6]) Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, Berlin, 1879. S. 28, Note 3.

[7]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 22.

[8]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 23.

[9]) Ibidem, § 24.

Предсѣдатель назначаетъ изъ членовъ суда коммисара, который долженъ изслѣдовать дѣло и составить о немъ докладъ, сообщаемый заинтересованному члену. Постановленію рѣшенія предшествуютъ устныя пренія, причемъ выслушиваются свидѣтели и эксперты.

Заинтересованный членъ можетъ воспользоваться услугами адвоката, но судъ можетъ потребовать личной явки, подъ страхомъ не допустить иначе къ объясненіямъ и повѣреннаго. Если дѣло касается предсѣдателя, оно ведется назначеннымъ судомъ замѣстителемъ [1]).

По постановленію министерства судъ можетъ быть раздѣленъ на отдѣленія (сенаты), причемъ составъ отдѣленій долженъ быть опредѣленъ предсѣдателемъ напередъ, по крайней мѣрѣ на годъ [2]). Наказъ главному административному суду отъ 2 апрѣля 1878 г. [3]) установляетъ два отдѣленія [4]). Распредѣленіе дѣлъ между отдѣленіями совершается предсѣдателемъ. Основаніемъ при этомъ должно служить различіе дѣлъ по ихъ роду [5]). Но для уравненія количества занятій можетъ быть допущено и дѣленіе по территоріямъ [6]). Предсѣдательство въ одномъ изъ отдѣленій принадлежитъ предсѣдателю суда, въ другомъ—особому предсѣдателю отдѣленія [7]).

Законнымъ числомъ присутствующихъ членовъ въ отдѣленіяхъ признается пять [8]); вмѣстѣ съ тѣмъ требуется, чтобы въ постановленіи рѣшенія принимало участіе по крайней мѣрѣ *пять же* пожизненныхъ членовъ [9]). Рѣшенія общаго собранія постановляются не иначе, какъ при участіи двухъ третей всѣхъ членовъ, въ томъ числѣ по крайней мѣрѣ пяти пожизненныхъ [10]).

При вычисленіи законнаго числа присутствующихъ, различіе членовъ судебнаго и административнаго вѣдомства не принимается въ соображеніе. Поэтому, рѣшеніе можетъ быть постановлено безъ участія хотя бы и одного члена, обладающаго условіями судейской квалификаціи, и наоборотъ. На различіе этихъ двухъ категорій членовъ судовъ не обращается вниманія и тогда, когда присутствуетъ четное число членовъ;

---

[1]) Ges. betr. Verw-Ger., § 25.

[2]) Ges. betr. Verw-Ger., § 26.

[3]) Это уже второй наказъ. Первый былъ изданъ 27 ноября 1875 года.

[4]) Regulativ für den Geschäftsgang bei dem Oberverwaltungsgericht, § 1.

[5]) Мысль о необходимости въ главномъ административномъ судѣ по крайней мѣрѣ двухъ отдѣленій, съ распредѣленіемъ между ними занятій по роду дѣлъ есть мысль Гнейста, выраженная имъ еще въ 1870 году. См. Gneist, Die preussische Kreis-Ordnung, 1870, S. 204.

[6]) Regulativ, § 3.

[7]) Ges. betr. Verw-Ger., § 27.

[8]) Ges. betr. Verw-Ger., § 28.

[9]) Komp.-Ges., § 164.

[10]) Ges. betr. Verw-Ger. § 29 и Komp-Ges., § 174.

отъ голосованія устраняется безразлично младшій, но только не докладчикъ [1]).

Постановленіе рѣшенія общимъ собраніемъ суда, обязательно по закону лишь въ томъ случаѣ, когда бы отдѣленіе хотѣло по данному дѣлу отступить отъ взглядовъ выраженныхъ въ прежнихъ рѣшеніяхъ другаго отдѣленія или общаго собранія [2]). Наказъ главному суду отнесъ, кромѣ того, къ вѣдѣнію общаго собранія:

1) дѣла распорядительныя (ревизія дѣлъ окружныхъ судовъ, изданіе циркулярныхъ распоряженій и т. п.);

2) составленіе отъ имени суда мнѣній, особенно по законодательнымъ вопросамъ;

и 3) обсужденіе сомнительныхъ и важныхъ вопросовъ права, по предложенію предсѣдателя или одного изъ отдѣленій [3]).

Кромѣ того, хотя ни законъ объ организаціи административныхъ судовъ, ни наказъ главному административному суду этого не указываютъ,—слѣдуетъ, въ силу постановленія закона 1851 года мая 7, § 20, о дисциплинарномъ производствѣ отнести къ дѣламъ, подлежащимъ рѣшенію общаго собранія и дисциплинарныя производства надъ членами окружныхъ судовъ [4]).

Относительно функцій предсѣдателя, наказъ постановляетъ, что ему принадлежитъ направленіе и надзоръ за всѣмъ дѣлопроизводствомъ. Онъ получаетъ все адресуемое на имя суда, распредѣляетъ дѣла, назначаетъ докладчиковъ, подписываетъ распоряженія, назначаетъ засѣданія, завѣдуетъ распорядительною и хозяйственною частью и служащими при судѣ чиновниками [5]).

VI.

Административный процессъ представляется самымъ неразработаннымъ вопросомъ въ ученіи объ административной юстиціи. То обстоятельство, что во Франціи къ вѣдѣнію административныхъ судовъ отнесена значительная часть чисто гражданскихъ дѣлъ, привело къ тому, что тамъ преимущественно выдвигался лишь вопросъ о примѣненіи къ этимъ дѣламъ, изъятымъ изъ вѣдѣнія общихъ гражданскихъ судовъ, по крайней мѣрѣ общихъ формъ гражданскаго процесса. Поэтому, не смотря на 90-лѣтнюю практику государственнаго совѣта, тамъ вовсе не могла вы-

---

[1]) Ibid., § 28.

[2]) Ges. betr. Verw-Ger., § 29.

[3]) Regulativ, § 6.

[4]) Busso von Bismarck, Gesetz vom 3 Iuli 1875, Berlin 1879, S. 21, Note 5.

[5]) Regulativ, § 28.

ясниться ни на практикѣ, ни въ литературѣ, которая во всемъ шла рука объ руку съ практикой, самостоятельная природа административнаго процесса [1]).

Но мы не имѣемъ также и теоріи административнаго процесса. Нѣмецкіе писатели, у которыхъ мы привыкли находить теоретическія разъясненія, ограничиваются пережевываніемъ вопроса о томъ, представляетъ ли административный процессъ какія либо особенности, или нѣтъ? Одни (Gneist, Bluntschli и др.) признаютъ особенную природу административнаго процесса; другіе (Schmitt, Stengel, Stein, Bähr)—отрицаютъ. Штейнъ съ рѣшительностью заявляетъ, что немыслимо даже въ чемъ бы могло заключаться основаніе необходимости здѣсь какой-либо модификаціи [2]) и ссылается при этомъ, между прочимъ, на Францію. Ссылка во всякомъ случаѣ нѣсколько странная потому, что если тамъ въ административныхъ судахъ и примѣняются начала гражданскаго процесса, то во всякомъ случаѣ не они одни, уже потому, что тамъ административные суды имѣютъ и долю карательной юрисдикціи (contraventions de grande voirie). Бэръ, болѣе умѣренный, допускаетъ, что для нѣкоторыхъ дѣлъ административной юрисдикціи, формы обыкновеннаго гражданскаго процесса мало пригодны и потому быть можетъ было бы болѣе умѣстно ввести для нихъ другія формы [3]).

Но у всѣхъ писателей этого лагеря поражаетъ одно: основывая всю свою аргументацію на томъ, что рѣшеніе всѣхъ судебныхъ дѣлъ должно быть постановляемо *обыкновенными* судами, въ *обыкновенномъ* порядкѣ судопроизводства, они вдругъ дѣлаютъ скачекъ и заключаютъ, что дѣла административной юрисдикціи должны рѣшаться въ порядкѣ гражданскаго процесса. Какъ будто уголовный процессъ не есть также обыкновенный!

При такомъ положеніи разработки административнаго процесса, естественно, что и прусское законодательство при опредѣленіи процессуальныхъ вопросовъ отправлялось отъ началъ гражданскаго процесса, какъ образца для производства и въ административныхъ судахъ. Но тутъ и самый образецъ оказался далеко неудовлетворительнымъ, даже въ своей сферѣ. Дѣло въ томъ, что время изданія закона объ административномъ судопроизводствѣ выпало очень неудачно: какъ разъ наканунѣ изданія имперскаго устава гражданскаго судопроизводства [4]). Такимъ образомъ, прототипомъ прусскому административному процессу послужилъ старый

---

[1]) Такъ напр. у Chauveau Adolphe, Procédure administrative, 1867, все дѣло сводится къ указаніямъ, что именно заимствовано административной практикой изъ гражданскаго процесса.

[2]) Die Vollziehende Gewalt, I, 1, S. 388.

[3]) Bähr, Rechtsstaat, 1864, S. 72.

[4]) На это неудобство указывалъ при обсужденіи законопроекта *Ласкеръ*, St. Ber. d. Abg. H. 1875, I, S. 168.

прусскій уставъ гражданскаго судопроизводства, далеко не соотвѣтствующій современному развитію гражданскаго процесса и страдающій обиліемъ излишнихъ формальностей и процедуръ, преобладаніемъ письменнаго производства надъ устнымъ, стѣсненіемъ самостоятельности сторонъ и т. п. Всѣ эти недостатки, безъ всякой надобности и пользы для дѣла, перешли, просто въ силу подражанія уже отживавшему свой вѣкъ старому гражданскому процессу, и въ процессъ административный.

Надо, впрочемъ, отдать справедливость прусскому законодательству, оно не вдалось въ слишкомъ подробныя опредѣленія административнаго судопроизводства, оставивъ судебной практикѣ довольно широкій просторъ развить общія начала процесса въ томъ или въ другомъ направленіи и выработать подробности. Было признано, что въ настоящее время неумѣстно установлять слишкомъ строгія и детальныя процессуальныя правила. При отсутствіи надлежащаго опыта, въ области административной юстиціи это могло бы повести къ большимъ промахамъ. Поэтому, пока приходится ограничиться общими началами, а дальнѣйшее развитіе ихъ, насколько оно будетъ признано нужнымъ, предоставить будущему [1]).

Въ историческомъ развитіи судопроизводства выработались нѣкоторыя общія условія процесса, одинаково примѣнимыя ко всякаго рода судебному производству, какъ бы ни были разнообразны его предметы. Являясь общими условіями правильнаго отправленія правосудія, они нисколько не зависятъ отъ характера дѣлъ. Поэтому, они въ равной степени примѣняются какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ процессѣ, а въ послѣднее время они нашли себѣ доступъ и въ процессѣ административномъ. Эти общія условія суть: гласность, кантрадикторность, устность и непосредственность. Нельзя указать основаній, по которымъ бы эти условія всякаго судебнаго разбирательства, не могли бы быть примѣнимы въ полномъ объемѣ и къ процессу административному, и если въ настоящее время административный процессъ представляетъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя ограниченія, то причину этого слѣдуетъ искать единственно въ новости дѣла, и въ силѣ старыхъ административныхъ обычаевъ.

Обращаясь къ занимающему насъ прусскому процессу, мы находимъ, что наиболѣе полное примѣненіе нашло себѣ первое изъ перечисленныхъ условій—гласность.

Всѣ засѣданія административныхъ судовъ, по правилу, публичны. Засѣданіе можетъ происходить при закрытыхъ дверяхъ только по постановленію суда, объявленному при открытыхъ дверяхъ, когда судъ

---

[1]) Aul. z. St. Ber. d. Abg. H. 1875, III, № 271. Bericht der XII Komission von Graf. v. Wintzingerode. S. 1675.

находитъ это нужнымъ въ видахъ общественнаго блага и нравственности [1]). Есть, впрочемъ, разрядъ дѣлъ, въ отношеніи которыхъ гласность безусловно обязательна: это дѣла о промышленныхъ концессіяхъ, хотя тутъ чаще всего можетъ идти рѣчь о вопросахъ, публичное обсужденіе которыхъ можетъ оскорбить общественную нравственность. Но имперскій промышленный уставъ, требуя для производства по этимъ дѣламъ гласности, не допускаетъ никакихъ изъятій [2]). Въ наказахъ уѣзднымъ комитетамъ и окружнымъ судамъ, эта особенность промышленныхъ дѣлъ прямо оговорена [3]). Въ наказѣ главному суду объ этомъ ничего нѣтъ и примѣнимость этого изъятія къ производству въ главномъ судѣ можетъ возбуждать сомнѣнія, такъ какъ имперскій уставъ требуетъ гласности только *въ одной* инстанціи и вообще имѣетъ въ виду только двѣ инстанціи. Однако коментаторы не затрогиваютъ этого вопроса [4]). Старый наказъ уѣзднымъ комитетамъ 20 ноября 1873 года, установлялъ такое же исключеніе и для дѣлъ о призрѣніи бѣдныхъ [5]), но это основано было на неправильномъ толкованіи. Въ отношеніи къ нимъ безусловное требованіе гласности установлено не имперскимъ, а прусскимъ закономъ 8 марта 1871 года, постановленіе котораго, конечно, отмѣняется постановленіемъ закона 3 іюля 1875 года [6]).

Отдѣльныхъ лицъ, разъ они нарушаютъ порядокъ, предсѣдатель также можетъ удалить изъ засѣданія; это правило примѣняется ко всѣмъ дѣламъ безъ исключенія [7]).

Вслѣдъ за гласностью слѣдуетъ поставить контрадикторность. Своеобразная конструкція, какую, какъ увидимъ подробнѣе ниже, прусскій процессъ даетъ соотношенію сторонъ, открыла возможность послѣдовательно и полно провести начало состязательности. Такъ какъ прусскій процессъ, въ отличіе отъ французскаго, противупоставляетъ частному лицу, какъ сторонѣ въ процессѣ, не администрацію вообще, а всегда отдѣльное учрежденіе, то въ немъ гораздо полнѣе сохраняется начало равенства сторонъ. Отдѣльное учрежденіе не является съ характеромъ прокурорскаго надзора, не является блюстителемъ общественнаго интереса, представителемъ административной власти въ ея цѣломъ; отдѣльное учрежденіе играетъ въ прусскомъ процессѣ болѣе скромную роль защитника

---

[1]) Ges. betr. Verw. Ger. § 42. Kreisordnung, §§ 150, 151.

[2]) Reichsgewerbeordnung, §§ 21 и 40.

[3]) Regulativ für die Kreisausschüsse, 2 Apr. 1878, § 9. Regulativ für Bezirksverwaltungsgerichten, 23 Dec. 1876, § 13.

[4]) Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli, 1879, S. 66, Note 55.

[5]) Masson, Das Verfahren in Verwaltungsstreitsachen, 1876, S, 45.

[6]) Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, S. 66 Note 45.

[7]) Ibidem, Note 46.

своего распоряженія, взгляда и потому является въ дѣлѣ стороной въ полномъ смыслѣ слова.

Это равенство сторонъ въ прусскомъ процессѣ, находитъ себѣ внѣшнее выраженіе и въ самыхъ предѣлахъ устныхъ преній сторонъ. Во французскомъ процессѣ нѣтъ собственно преній (débats). Истецъ допускается только къ устнымъ объясненіямъ (observations orales) и между нимъ и правительственнымъ коммисаромъ, служащимъ зачастую единственнымъ противникомъ, не происходитъ преній; коммисаръ даетъ свое заключеніе непосредственно передъ постановкой рѣшенія. Въ прусскомъ процессѣ, напротивъ, между частнымъ лицомъ и представителемъ административнаго учрежденія происходятъ настоящія пренія.

Устность и непосредственность не нашли себѣ такого же полнаго примѣненія, какъ гласность и контрадикторность.

Устное состязаніе, во первыхъ, необязательно: по взаимному соглашенію стороны могутъ отъ него отказаться и тогда дѣло рѣшается судомъ единственно по выслушаніи доклада.

Во-вторыхъ, если не законъ, то практика установила, какъ общее правило, письменную подготовку дѣла, въ видѣ обмѣна состязательныхъ бумагъ между сторонами.

Въ-третьихъ, явка стороны къ разбору дѣла, и въ тѣхъ случаяхъ, когда не послѣдовало соглашенія объ отказѣ отъ устнаго состязанія необязательна. Каждая изъ сторонъ, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ могутъ и не явиться и обсужденіе дѣла обязательно начинается тогда съ доклада.

Непосредственность находится въ самой тѣсной связи съ устностью. Всякое ограниченіе устности влечетъ за собой неизбѣжно и ограниченіе непосредственности. Но и кромѣ того, прусскій процессъ допускаетъ существенныя ограниченія началъ непосредственности. Повѣрка доказательствъ можетъ быть произведена не только чрезъ члена суда, но и чрезъ другое административное учрежденіе. Вторымъ ограниченіемъ, непосредственно, служитъ лишеніе суда права требовать личной явки сторонъ.

Въ отличіе отъ разсмотрѣнныхъ общихъ условій судебнаго разбирательства, характеръ дѣятельности суда, въ его отношеніи къ сторонамъ, обусловливается не общими требованіями правосудія, а различіемъ природы разрѣшаемыхъ даннымъ судомъ дѣлъ. Такъ, важнѣйшее различіе между гражданскимъ и уголовнымъ процессомъ сказывается именно въ этомъ вопросѣ. Административный процессъ представляетъ въ этомъ отношеніи среднее между тѣмъ и другимъ. Въ немъ находятъ себѣ примѣненіе и состязательное начало гражданскаго процесса и публичное—уголовнаго, и оба они, конечно, взаимно ограничиваютъ другъ друга.

Производство въ административномъ судѣ можетъ быть начато только

по заявленному иску. Истецъ всегда можетъ взять свой искъ обратно и тогда дальнѣйшее производство по дѣлу прекращается.

Правда, законъ говоритъ только о рѣшеніи, какъ о способѣ прекращенія дѣла, но такъ какъ законъ говоритъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, что судъ не долженъ присуждать болѣе того, что требуютъ стороны, то отсюда съ полнымъ основаніемъ заключаютъ, что отказъ отъ иска влечетъ за собой прекращеніе дѣла [1]). Такой отказъ недопустимъ только со стороны коммисара, участвующаго въ дѣлѣ, какъ представителя общественнаго интереса [2]).

Съ другой стороны, административный судъ является активнымъ участникомъ въ установленіи фактической стороны дѣла, самъ собирая доказательства и вообще пользуясь значительно большей свободой дѣятельности, сравнительно съ судомъ гражданскимъ [3]).

Обращаясь отъ этихъ общихъ началъ къ ученію о сторонахъ въ административномъ процессѣ, мы прежде всего должны остановиться на вопросѣ объ активной и пассивной легитимаціи (Legitimatio ad causam). Въ административномъ процессѣ это одинъ изъ важнѣйшихъ и весьма трудныхъ для разрѣшенія вопросовъ и практика прусскаго административнаго суда представляетъ, по этому вопросу, уже цѣлый рядъ рѣшеній, дающихъ возможность построить на ихъ основаніи довольно цѣльное ученіе. Мы коснемся, впрочемъ, только тѣхъ рѣшеній, которыя касаются болѣе общихъ вопросовъ.

Активная легитимація имѣется, во-первыхъ, со стороны тѣхъ лицъ, къ которымъ обращено распоряженіе администраціи. Это безспорное положеніе одинаково находящее себѣ обоснованіе и въ существѣ дѣла, и въ текстѣ закона.

Но, во-вторыхъ, распоряженіе, обращенное къ одному лицу, можетъ касаться и интересовъ другихъ лицъ.

Напримѣръ, полиція, на основаніи особаго, изданнаго для данной мѣстности нормативнаго распоряженія, предписываетъ содержателю трактирнаго заведенія не впускать къ себѣ опредѣленное лицо Ф., какъ завѣдомаго пьяницу и выставить его имя на спискѣ подобныхъ лицъ, висящемъ на стѣнѣ трактирнаго помѣщенія. Ф. находитъ, что это полицейское распоряженіе, относящееся не къ нему, а къ трактирщику, тѣмъ не менѣе затрогиваетъ его интересы, несправедливо унижая его въ общественномъ мнѣніи и тѣмъ затрогивая его честь.

Или волостной начальникъ предписываетъ землевладѣльцамъ общины П. для предоставленія водѣ стока, соединить двѣ имѣющіяся канавы.

---

[1]) B. v. Bismarck, Das Verwaltungsstreitverfahren, S. 224.

[2]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, S. 228.

[3]) Masson, Das Verfahren, S. 50.

Землевладѣльцы общины Г. находятъ, что это распоряженіе нарушаетъ ихъ интересы, такъ какъ вслѣдствіе соединенія двухъ канавъ, вода будетъ стекать на ихъ земли.

Еще примѣръ. Полиція предписываетъ общинѣ поставить противъ домъ Д. фонарь на указанномъ мѣстѣ. Д. считаетъ это распоряженіе нарушеніемъ своего права, такъ какъ указанное мѣсто не принадлежитъ къ дорогѣ, а составляетъ часть его собственности.

Можно-ли въ такихъ и подобныхъ случаяхъ признать активную легитимацію со стороны лицъ, интересъ которыхъ нарушенъ распоряженіемъ не къ нимъ обращеннымъ? Главный судъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно [1]).

Но затѣмъ, въ-третьихъ, могутъ быть и такіе случаи, что дѣйствіе или бездѣйствіе административнаго органа нарушаетъ общественный интересъ.

Напримѣръ, полиція не препятствуетъ землевладѣльцу загородить общественную дорогу.

Или разрѣшаетъ превратить общественную дорогу, якобы ненужную, въ частную, хотя въ дѣйствительности надобность въ ней имѣется.

Или разрѣшаетъ постройку съ нарушеніемъ требованій строительнаго устава.

Можетъ-ли и въ подобныхъ случахъ частное лицо предъявлять искъ въ общественномъ интересѣ?

Главный судъ отвѣчаетъ, что по общему правилу такой искъ недопустимъ, такъ какъ законодательство не допускаетъ вообще популярныхъ исковъ, и предоставляетъ право блюсти общественные интересы исключительно административнымъ органамъ. Только по отдѣльнымъ родамъ дѣлъ устанавливаются такого рода иски, какъ исключеніе. Таковы дѣла объ открытіи промышленныхъ заведеній, требующихъ пользованія водой (имперскій промышленный устава, § 16) и дѣла о починкахъ (neue Ansiedelungen). Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, предъявленіе иска частнымъ лицомъ, въ общественномъ интересѣ, не можетъ быть допущено, тѣмъ болѣе, что еслибы допустить такіе иски, то необходимо бы было назначить для предъявленія ихъ опредѣленный преклюзивный срокъ, между тѣмъ, въ законѣ нельзя найти указанія на такой срокъ [2]).

Въ дѣлахъ дорожныхъ имѣется еще особая группа лицъ, спеціально заинтересованныхъ въ охранѣ общественныхъ дорогъ; это тѣ, кто обязанъ въ случаѣ надобности строить дорогу. Главный судъ, сколько намъ извѣстно, не разрѣшалъ вопроса о томъ, могутъ-ли по крайней мѣрѣ такія лица предъявлять иски объ охранѣ дороги. Но онъ признаетъ,

[1]) Entscheidungen I, № 48, S. 330; III, № 43, S. 221; V, № 62, S. 412.

[2]) Entsch. II, № 57, S. 353: III, 37, S. 188, 189, IV, № 39, S. 233.

что они должны при подобныхъ дѣлахъ быть привлекаемы къ участію въ процессѣ [1]).

Въ постановкѣ вопроса о пассивной легитимаціи, прусскій процесъ существенно отличается отъ французскаго. По началамъ французскаго процесса, административный искъ предъявляется не къ тому или другому учрежденію, а къ администраціи вообще, и представителемъ ея интересовъ на судѣ является не то учрежденіе, распоряженіе котораго подало поводъ къ иску, а то, которое пользуется по закону правомъ представительства. Такое право принадлежитъ по общему правилу префекту, а въ государственномъ совѣтѣ министрамъ. На этомъ основаніи, во Франціи, обозначеніе въ исковомъ прошеніи отвѣтчика и оповѣщеніе его чрезъ пристава требуется только тогда, когда искъ предъявляется къ частному лицу или общинѣ. Въ искахъ же къ администраціи этого не требуется и весь вопросъ о пассивной легитимаціи, въ этомъ случаѣ какъ-бы не существуетъ, такъ какъ онъ рѣшается, общимъ образомъ для всѣхъ дѣлъ, правилами о представительствѣ интересовъ администраціи.

Прусскій процессъ исходитъ изъ совершенно другихъ основаній. Отвѣтчикомъ въ немъ признается не администрація вообще, а отдѣльныя учрежденія. Поэтому обозначеніе отвѣтчика требуется во всѣхъ случаяхъ и стороны во всѣхъ стадіяхъ процесса остаются одни и тѣ же.

Такая конструкція имѣетъ за себя совершенно вѣрную мысль, что нарушителями правъ могутъ являться только отдѣльные органы администраціи, а не сама администрація, какъ идеальное цѣлое, но проведеніе ея на практикѣ представляетъ большія трудности.

Затрудненія встрѣчаются, прежде всего, въ тѣхъ случаяхъ, когда суду первой инстанціи принадлежитъ jurisdictio necessaria. Возьмемъ такой примѣръ. Уѣздный комитетъ, вопреки согласію полицейскаго органа, отказываетъ въ концессіи, какъ онъ на это несомнѣнно имѣетъ право [2]). Просящій приноситъ въ окружной судъ жалобу. Спрашивается, кого считать отвѣтчикомъ. Одинъ изъ окружныхъ судовъ призналъ, что въ подобныхъ случаяхъ отвѣтчикомъ является уѣздный комитетъ, постановившій рѣшеніе объ отказѣ. Но главный судъ нашелъ это неправильнымъ. Отвѣтчикомъ долженъ быть признанъ полицейскій органъ, хотя онъ и не противился дачѣ концессіи. Если онъ находитъ неудобнымъ лично явиться отвѣтчикомъ въ апелляціонномъ производствѣ, онъ можетъ просить регирунгсъ-президента о назначеніи особаго коммисара, согласно § 44 закона объ административныхъ судахъ. Но судъ всегда надъ сторонами и никоимъ образомъ не можетъ стать въ апелляціонной инстанціи отвѣтчикомъ [3]). Конечно, можетъ быть, что и регирунгсъ — прези-

[1]) Entscheidungen, II, № 39, S. 239.
[2]) Entscheidungen, I, № 44, S. 312.
[3]) Entsch. I, SS. 421—424.

дентъ въ пользу дачи концессіи. Въ этомъ случаѣ получится случай фиктивнаго процеса (Scheinprocess), неимѣющаго въ основаніи своемъ фактическаго спора сторонъ.

Можетъ быть и такой случай. Уѣздный комитетъ постановитъ опредѣленіе, какъ административное учрежденіе, въ такомъ дѣлѣ, гдѣ заинтересованной сторонѣ предоставляется право требовать разсмотрѣнія дѣла тѣмъ же комитетомъ въ судномъ порядкѣ. Понятно, что соотношеніе сторонъ при разсмотрѣніи дѣла въ административно-распорядительномъ порядкѣ, и при разсмотрѣніи его въ судномъ, можетъ быть какъ разъ обратное. Кого же считать отвѣтчикомъ? Главный судъ разъяснилъ, что слѣдуетъ считать отвѣтчикомъ того, кто явился въ такой роли при разсмотрѣніи въ судномъ порядкѣ [1]).

§ 40 закона объ административныхъ судахъ предоставляетъ суду право, какъ по просьбѣ сторонъ, такъ и по собственной иниціативѣ, привлекать къ участію въ процессѣ третьихъ лицъ. Въ такомъ случаѣ постановленное рѣшеніе получаетъ законную силу и въ отношеніи къ привлеченнымъ лицамъ [2]).

Въ законѣ нѣтъ никакихъ дальнѣйшихъ опредѣленій этого права; въ законодательныхъ матеріалахъ также нельзя найти никакихъ указаній на то, какъ смотрѣлъ законодатель на это право и на цѣль его предоставленія. Такимъ образомъ, судъ можетъ привлекать и допускать къ участію въ процессѣ всякое лицо, какое найдетъ нужнымъ. Относительно времени, когда можетъ состояться объ этомъ постановленіе суда, также ничего не сказано; но такъ какъ третье лицо должно пользоваться всѣми средствами защиты своихъ интересовъ, наравнѣ съ главными сторонами, то слѣдуетъ признать, что въ ревизіонной инстанціи привлеченіе третьихъ лицъ не можетъ имѣть мѣста [3]).

Общность опредѣленій закона открываетъ широкій просторъ для развитія этого института практикой. Однако, какъ свидѣтельствуютъ сами практики, административные суды пока не совсѣмъ освоились съ этимъ правомъ и не умѣютъ дать ему надлежащее развитіе [4]). Въ практикѣ главнаго административнаго суда мы также находимъ весьма немного разъясненій и то лишь частныхъ вопросовъ.

Прежде всего, въ циркулярѣ своемъ отъ 26 сент. 1876 года, главный судъ обратилъ вниманіе окружныхъ судовъ на то, что привлеченіе третьихъ лицъ даетъ суду весьма удобное средство для регулированія весьма труднаго, въ административномъ правѣ, вопроса о соотношеніи сторонъ. Въ частности онъ указывалъ при этомъ на то, что при искахъ

[1]) Entsch, IV, № 13, S. 79.
[2]) Ges.-betr. Verw.-Ger, § 40.
[3]) B. v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, S. 64.
[4]) B. v. Bismarck, Das Verwaltungsstreitverfahren, § 62.

объ отмѣнѣ полицейскихъ распоряженій весьма полезно для дѣла привлекать къ участію въ процессѣ то лицо, по просьбѣ котораго состоялось это распоряженіе [1]).

Нѣсколько разъ приходилось главному суду разъяснять, что такъ такъ допущеніе третьихъ лицъ предоставлено закономъ усмотрѣнію административнаго суда, который, въ отличіе отъ гражданскаго, только «можетъ», а не «обязанъ» допускать ихъ, то отказъ въ такомъ допущеніи не можетъ считаться существенной неправильностью производства и не установляетъ самъ по себѣ ревизіоннаго повода [2]).

Такъ какъ при допущеніи третьихъ лицъ рѣшеніе и въ отношеніи къ нимъ получаетъ законную силу, то подсудность опредѣляется не только качествомъ главныхъ сторонъ, но и качествомъ третьихъ. Однако, для примѣненія подсудности недостаточно одного заявленія стороной просьбы о привлеченіи третьяго лица [3]).

Но могутъ быть и такого рода случаи, что въ отношеніи третьяго лица, о привлеченіи котораго къ процессу проситъ одна изъ сторонъ, данное дѣло не можетъ быть рѣшено въ административно-судномъ порядкѣ; въ такомъ случаѣ это лицо не можетъ быть привлечено къ участію въ процессѣ. Министры, на которыхъ нельзя предъявить въ административный судъ иска, не могутъ быть привлекаемы и въ качествѣ третьихъ лицъ, къ участію въ административномъ процессѣ.

Праву представительства не ставится никакихъ ограниченій, такъ что судъ не можетъ ни въ какомъ случаѣ потребовать личной явки сторонъ [4]). Въ административномъ процессѣ, отсутствіе этого права у суда должно представить большія неудобства [5]). Такъ какъ въ административномъ процессѣ имѣется въ виду матеріальная истина, то и показанія сторонъ должны-бы были выслушиваться судомъ отъ нихъ самихъ непосредственно. Во многихъ случаяхъ (напр. при концессіяхъ) дѣло прямо касается личныхъ качествъ одной изъ сторонъ. Требовать непремѣнно личной явки во всѣхъ случаяхъ было-бы слишкомъ обременительно для сторонъ, но слѣдовало-бы предоставить суду право требовать явки, когда онъ найдетъ нужнымъ, какъ это сдѣлано въ прусскомъ дисциплинарномъ процессѣ [6]).

Право присылать вмѣсто себя на судъ представителей, одинаково

---

[1]) Entscheidungen d. O. V. G. I, S. 434

[2]) Entscheidungen, III, № 22, S. 109, IV, № 28, S. 178.

[3]) Entsch. VI 10, S. 63.

[4]) Ges. betr. Verw-Ger., § 41.

[5]) B. v. Bismarck, Das Ges. vom. 3 Iuli 1874, S. 64, Note, 41; *Его-же* Verwaltungsstreitverfahren, S. 47.

[6]) Во французскомъ процессѣ суду предоставляется право требовать личной явки сторонъ. Chauveau Adolphe Code d'instruction administrative, I, p. 321 n° 388.

принадлежитъ и административнымъ органамъ [1]). Но кромѣ права присылать повѣреннаго, имъ открыта еще другая форма представительства. Они могутъ просить регирунгсъ-президента или подлежащаго министра, назначить особаго коммисара, какъ ихъ представителя [2]). Кромѣ того, такой коммисаръ можетъ быть назначенъ, какъ мы уже говорили, и помимо просьбы являющагося въ дѣлѣ стороной административнаго учрежденія, ради обезпеченія общественныхъ интересовъ. Но въ этомъ случаѣ, коммисаръ этотъ не является представителемъ заинтересованнаго въ дѣлѣ учрежденія, а участвуетъ въ процессѣ рядомъ съ нимъ. Явка такого коммисара, назначеннаго по собственной иниціативѣ регирунгсъ-президента или министра, не замѣняетъ явки заинтересованнаго административнаго учрежденія [3]).

Буссо фонъ-Бисмаркъ полагаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ когда коммисаръ назначается не по просьбѣ сторонъ и не для ея представительства а для функціонированія на ряду съ ней въ качествѣ прокурора, представительство не можетъ быть допущено [4]). Но такъ какъ въ выборѣ такихъ коммисаровъ законъ ничѣмъ не ограничиваетъ администрацію, то если и принять толкованіе Б. Бисмарка, непонятно какое значеніе можетъ имѣть это ограниченіе.

Въ выборѣ своихъ повѣренныхъ стороны пользуются свободой. Судъ можетъ, однако, не допускать къ ходатайству лицо, которое не будучи адвокатомъ, занимается ходатайствомъ какъ промысломъ [5]).

Самый порядокъ и формы судопроизводства опредѣлены для административныхъ судовъ по аналогіи съ гражданскимъ процессомъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ сдѣланы прямыя ссылки на постановленія устава гражданскаго судопроизводства.

Какъ мы указывали уже, подражаніе прежнему прусскому уставу гражданскаго судопроизводства, во многомъ, невыгодно сказалось на конструкціи административнаго процесса, въ которомъ преобладаніе письменности, излишекъ обрядности, представляется еще болѣе неумѣстнымъ, нежели въ процессѣ гражданскомъ.

Это вліяніе прежняго прусскаго гражданскаго процесса замѣчается, прежде всего, на опредѣленіи порядка предъявленія иска. Законъ требуетъ, чтобы искъ въ административномъ судѣ былъ заявляемъ письменно [6]).

Это однако не исключаетъ возможности начать дѣло по иску, запи-

---

[1]) Entscheidungen, I, S. 443.

[2]) Ges. betr. Verw-Ger. § 44, Absatz 1.

[3]) Entscheidungen, I, S. 437 (Circularverfügung).

[4]) Verwaltungsstreitverfahren, S. 47. Das Ges. vom 3 Juli 1875, S. 68, Note 48.

[5]) Ges. betr. Verw.-Ger. § 43.

[6]) Ges. betr Verw-Ger. § 33.

санному въ протоколъ со словъ истца. Только непосредственный разборъ дѣла по явкѣ сторонъ въ судъ и словесному ихъ заявленію, исключается этимъ постановленіемъ [1]).

Кромѣ того, въ дѣлахъ дорожныхъ, въ силу особыхъ постановленій закона [2]), при передачѣ дѣла уѣздному комитету волостнымъ начальникомъ, недостигшимъ соглашенія, подачи особаго искового прошенія не требуется; достаточно если сторона приняла положеніе истца въ производствѣ дѣла у волостнаго начальника [3]).

Въ исковомъ прошеніи должно содержаться:

1) имя отвѣтчика [4]);

2) формулированія опредѣленнаго требованія;

3) указаніе предмета иска;

и 4) фактовъ обосновывающихъ искъ [5]), но не ихъ доказательствъ [6]).

Если исковое прошеніе не удовлетворяетъ этимъ условіямъ, производство по дѣлу не можетъ быть начато. Но практика административныхъ судовъ не ограничивается въ этихъ случаяхъ однимъ возвращеніемъ прошенія. Если изъ прошенія видно, что истецъ не можетъ самъ исправить прошенія по письменному указанію его недостатковъ, то судъ вызываетъ истца къ опредѣленному сроку и затѣмъ искъ заносится въ протоколъ съ его словъ [7]).

Вообще, при разсмотрѣніи искового прошенія признается неумѣстнымъ строгій формализмъ. Какъ-бы прошеніе не было изложено, достаточно если можно понять *чего* и *отъ кого* хочетъ истецъ [8]).

Если въ исковомъ прошеніи отвѣтчикъ не будетъ обозначенъ съ точностью, но дѣло будетъ принято къ разсмотрѣнію, то неточное обозначеніе отвѣтчика въ исковомъ прошеніи, само по себѣ, не можетъ служить ревизіоннымъ поводомъ, такъ какъ въ теченіи процесса истецъ можетъ дополнять и измѣнять свой искъ [9]).

Въ коммисіи нижней палаты было принято по предложенію ***Микеля*** постановленіе, что исковыя требованія могутъ быть измѣняемы и въ устномъ состязаніи, но только подъ условіемъ, чтобы это не касалось

---

[1]) Busso von Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, S. 99. Masson, Das Verfahren, § 33, n. 8.

[2]) Kreisordnung, §§ 61 und 135.

[3]) Entscheidungen, № 42, S. 253.

[4]) Неточное обозначеніе отвѣтчика въ исковомъ прошеніи не составляетъ существеннаго нарушенія. Entsch. II, № 33, S. 209.

[5]) Ges. betr. Verw. Ger. № 35.

[6]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, S. 99.

[7]) Masson, Das Verfahren, S. 32 Busso v. Bismarck. Verwaltungsstreit verfahren, S. 102.

[8]) Masson, Das Verfahren, S. 35.

[9]) Entsch. II, № 33, S. 209.

самаго *основанія иска*. Но при второмъ чтеніи Генель предложилъ замѣнить это постановленіе тѣмъ, что право измѣнять исковыя требованія допускается во всѣхъ стадіяхъ процеса, по *усмотрѣнію* суда. Основаніемъ своей поправки *Генель* выставилъ то соображеніе, что самое понятіе *искового основанія* представляется въ административномъ процессѣ совершенно неопредѣленнымъ. Эта поправка была поддержана Гнейстомъ и самимъ Микелемъ и принята большинствомъ [1]).

Относительно обязанности доказывать (onus probandi) въ административномъ процессѣ не могутъ всецѣло примѣняться начала гражданскаго процесса уже потому, что въ немъ собирать доказательства можетъ и самъ судъ. Но и въ административномъ процессѣ судъ не можетъ возлагать обязанность доказывать на противника того, кто ссылался на данное обстоятельство [2]). Въ частности, главный судъ разъяснилъ, что при обжалованіи полицейскаго распоряженія, истецъ долженъ доказать отсутствіе надобности въ этомъ распоряженіи съ точки зрѣнія общественнаго интереса, а не полицейскій органъ наличность такой надобности [3]). Если-же отвѣтчикъ выставляетъ возраженіе, напр. ссылается на погасительную давность, то онъ долженъ его доказать [4]). Однакоже, при неявкѣ одной изъ сторонъ или при отсутствіи съ ея стороны объясненій, обстоятельства приводимыя противной стороной *могутъ* счесться признанными ею [5]). Но это для суда необязательно и пользоваться этимъ правомъ онъ долженъ осторожно [6]). Бисмаркъ говоритъ, что молчаніе считается въ административномъ процессѣ не признаніемъ, а только признакомъ (Anzeichen) его [7]).

Относительно способовъ доказательствъ, законъ не устанавливаетъ для административнаго процесса никакихъ особыхъ правилъ. Онъ упоминаетъ о свидѣтеляхъ, экспертахъ, осмотрахъ на мѣстѣ [8]), и письменныхъ доказательствахъ [9]). О присягѣ ничего не говорится. Какъ-же толковать это молчаніе закона? Допускается-ли этотъ способъ доказательствъ въ административномъ процессѣ? *Masson* считаетъ его недопустимымъ [10]). *Bismarck*, напротивъ, считаетъ и административный судъ формально имѣющимъ право принимать доказательную присягу, но все-же считаетъ

---

[1]) St. Ber. d. Abg. H. 1875, II, 1574—1576.

[2]) Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, § 127.

[3]) Entscheidungen, IV, № 16, § 273.

[4]) Ibidem, I № 61, S. 408. Въ этомъ рѣшеніи ссылка на правило гражданскаго процесса.

[5]) Ges. betr Verw—Ger. S. 19.

[6]) Masson, Verfahren, S. 70.

[7]) Verw. Streitverfahren, S. 138.

[8]) Ges. betr. Verw—Ger. § 41.

[9]) Ibid. § 46.

[10]) Das Verfahren, S. 51.

употребленіеея сомнительнымъ. Въ практикѣ этотъ способъ доказательствъ не допускается, хотя стороны нерѣдко предлагаютъ его примѣненіе [1]).

О документахъ законъ упоминаетъ только мимоходомъ, говоря о томъ, въ какое время стороны могутъ ихъ представлять. Но можетъ-ли судъ требовать отъ сторонъ предъявленія имѣющихся у нихъ документовъ? Въ виду отсутствія прямаго объ этомъ постановленія, вопросъ этотъ рѣшается коментаторами въ отрицательномъ смыслѣ [2]).

Къ повѣркѣ доказательствъ должны быть приглашаемы стороны [3]), но если онѣ не явятся, то это не служитъ препятствіемъ ея производства. Что касается документовъ, то сами они или ихъ дубликаты, должны быть представлены на разсмотрѣніе «заинтересованнымъ» [4]).

Однако, главный судъ признаетъ, что несообщеніе сторонѣ копіи съ протокола осмотра полиціей помѣщенія для предположеннаго къ открытію трактирнаго заведенія, который лишь въ устномъ производствѣ сообщенъ былъ ей судомъ, не составляетъ повода къ отмѣнѣ рѣшенія и пересмотру дѣла [5]).

Судъ не обязанъ производить повѣрку доказательствъ всякій разъ, какъ этого требуютъ стороны. Законъ говоритъ только, что онъ можетъ (ist befugt) предпринимать такую повѣрку. Поэтому отказъ суда въ просимомъ стороной осмотрѣ помѣщенія, также не составляетъ повода къ ревизіи дѣла [6]).

Повѣрку доказательствъ можетъ производить или самъ судъ непосредственно, въ полномъ составѣ, или чрезъ одного изъ своихъ членовъ. а также въ случаѣ нужды, и чрезъ другое должностное лицо или учрежденіе [7]).

Такая повѣрка можетъ быть окружнымъ судомъ возложена на уѣздный комитетъ, какъ на подчиненное ему учрежденіе. Притомъ, способъ повѣрки можетъ быть прямо указанъ окружнымъ судомъ. Въ противномъ случаѣ дѣло направляется ландратомъ, какъ предсѣдателемъ комитета На ландрата это дѣло *возложено* не можетъ быть; оно можетъ быть ему, какъ не подчиненному окружному суду, только *предложено* къ исполненію (der Landrath kann hiermit nicht beauftragt, vielmehr nur darum ersucht werden [8]).

---

[1]) Verwaltungsstreitverfahren, S. 175.

[2]) Masson, Das Verfahren, S. 51; Bismarck, Verwaltungsstreistverfahren, S. 166.

[3]) Ges. betr. Verw—Ger. § 47.

[4]) Idid. § 38.

[5]) Entscheidungen, I, № 44, S. 313.

[6]) Idid. № 42, S. 303, V, № 38, S. 233.

[7]) Ges. betr. Verw—Ger. § 47.

[8]) Entscheidungen, III. 386. (Cirkurlarverfügung).

Если искъ на первый-же взглядъ представляется юридически невозможнымъ или необоснованнымъ (rechtlich unzulässig oder unbegründet), то онъ можетъ быть безъ дальнѣйшаго производства [1]) возвращенъ истцу. Этотъ возвратъ можетъ быть сдѣланъ въ окружномъ судѣ, по соглашенію двухъ назначенныхъ членовъ. Въ уѣздномъ комитетѣ—предсѣдателемъ [2]).

Въ отношеніи къ этимъ случаямъ власть предсѣдателя не ограничена соглашеніемъ съ докладчикомъ [3]). При возвращеніи иска, истцу должно быть объяснено, что онъ имѣетъ право, въ теченіи 10-дневнаго срока, подать отзывъ (Einspruch) и потребовать назначенія устнаго состязанія. Если отзыва не будетъ подано, то рѣшеніе объ отказѣ получаетъ законную силу, съ момента сообщенія истцу [4]). Такимъ образомъ, отвѣтчикъ можетъ пріобрѣсть право изъ рѣшенія по дѣлу, въ которомъ онъ вовсе не участвовалъ, то, чего не бываетъ ни въ какомъ гражданскомъ процессѣ. Бисмаркъ думаетъ потому, что отказъ въ этомъ случаѣ слѣдуетъ формулировать, какъ «Abweisung angebrachtermassen» [5]). Но такъ какъ такого рода отказъ можетъ быть сдѣланъ только на основаніи недостатка *юридическаго обоснованія* иска, то конечно отказъ въ немъ не можетъ служить основой для exceptio rei judicatae, по отношенію къ иску, имѣющему другое правовое основаніе [6]).

Когда искъ представляетъ достаточныя основанія для того, чтобы начать производство, оно сообщается отвѣтчику, съ вызовомъ его къ устному состязанію. Но при этомъ ему можетъ быть также назначенъ опредѣленный срокъ, отъ одной до четырехъ недѣль, для представленія объясненій по исковому прошенію; объясненіе это сообщается истцу [7]). По смыслу закона, такой предварительный обмѣнъ бумагъ между сторонами долженъ представлять исключеніе; общимъ же правиломъ должно быть непосредственное устное состязаніе сторонъ. Но практика обнаруживаетъ стремленіе къ обращенію правила въ исключеніе [8]).

Законъ упоминаетъ только объ одномъ письменномъ отвѣтѣ. Поэтому письменныя реплики не могутъ быть требуемы судомъ, но могутъ быть ими приняты [9]).

---

[1]) Даже и безъ вызова отвѣтчика.

[2]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 37.

[3]) Regulativ v. 2 Apr. 1876 § 5. Регулятивъ 1874 далъ поводъ къ противоположному заключенію, Masson, 87.

[4]) Ges betr. Verw.—Ger. § 37.

[5]) Verwaltungsstreitverfahren, S. 106.

[6]) Смотри статью Westerburg, Giebt es noch eine Abweisung in angebrachter Art? Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot. 1880 №№. 2—4.

[7]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 36.

[8]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, S. 114.

[9]) Ibidem, S. 117.

Постановленію рѣшенія должно предшествовать обсужденіе дѣла въ публичномъ засѣданіи, съ приглашеніемъ сторонъ къ устному состязанію. Отступленіе отъ этого допускается только по взаимному соглашенію сторонъ [1]).

Отвѣтная бумага можетъ быть принята и по истеченіи назначеннаго срока [2]). Срокъ этотъ имѣетъ лишь то значеніе, что по истеченіи его—отвѣта болѣе не ожидаютъ [3]).

Устное производство въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ или обѣ отсутствуютъ, обязательно начинается съ изложенія обстоятельствъ дѣла докладчикомъ. Но по усмотрѣнію предсѣдателя тоже самое можетъ быть сдѣлано и въ присутствіи обѣихъ сторонъ [4]).

Предсѣдатель долженъ содѣйствовать полному разъясненію дѣла; право дѣлать вопросы онъ можетъ предоставить отдѣльному члену [5]).

Если въ дѣлѣ участвуетъ особо назначенный правительственный коммисаръ (не въ качествѣ представителя стороны), онъ выслушивается передъ постановленіемъ рѣшенія [6]).

Рѣшеніе постановляется судомъ по свободной оцѣнкѣ доказательствъ, на основаніи убѣжденія, составившагося у суда по соображенію всего производства дѣла, притязаній сторонъ, представленныхъ доказательствъ. Рѣшеніе можетъ касаться только участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ и простираться только на заявленыя ими притязанія [7]). Если, напр., истецъ требуетъ уменьшенія размѣра наложеннаго на него платежа податей, то судъ не можетъ въ своемъ рѣшеніи признать его свободнымъ отъ платежа [8]).

Но это начало, выраженное въ законѣ въ безусловной формѣ, безъ всякихъ оговорокъ, есть очевидно простое подражаніе гражданскому процессу, вовсе не соотвѣтствующее особенной природѣ административныхъ дѣлъ. Несоотвѣтствіе это настолько существенное, что, несмотря на безусловное предписаніе закона, практика вынуждена допускать весьма серьезныя исключенія. Дѣйствительно, это начало гражданскаго процесса примѣнимо толькокъ тѣмъ административно-судебнымъ дѣламъ, гдѣ вопросъ идетъ о законности требованій администраціи. Судъ тутъ можетъ и долженъ ограничиться отмѣной только тѣхъ требованій адми-

---

[1]) Ges. betr. Verw.– Ger. § 50.

[2]) Entsch. II. № 70, S. 379.

[3]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstretiverfahren, S. 115.

[4]) Regulativ für Kreisaus. § 7. Regulativ für Bezirkverw.—Ger. 1877, § 11; Regulativ für Oberverwaltungsgericht, 1878, § 15.

[5]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 41.

[6]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 44.

[7]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 49.

[8]) B. v. Bismarck, Das Verwaltungsstreitverfahren, S. 183, Note ***.

нистраціи и лишь въ тѣхъ предѣлахъ, какъ этого ищетъ истецъ. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ неудовлетвореніи администраціей притязаній истца, то одна отмѣна постановленія административнаго распоряженія недостаточна. Въ дѣлахъ, напримѣръ, о концессіяхъ, рѣшеніе можетъ содержать въ себѣ не только отмѣну постановленія администраціи объ отказѣ въ концессіи, но и самую дачу концессіи. Тутъ рѣшеніе замѣняетъ собой отмѣненное постановленіе. Понятно, что въ такихъ случаяхъ невозможно ограничиваться рамками заявленныхъ сторонами притязаній [1]). Главный судъ признаетъ поэтому, что административный судъ можетъ отказать въ концессіи на трактирное заведеніе даже тогда, когда полиція соглашается на концессію, т. е., можетъ постановить въ рѣшеніи нѣчто такое, чего не требовала ни одна изъ сторонъ [2]). Отсюда per argumentum a potiori, кажется, можно заключить, что судъ можетъ отказать въ концессіи, замѣнивъ мотивъ отказа, выставленный полиціей, другимъ [3]).

Вопросъ о томъ, при какихъ условіяхъ рѣшеніе суда можетъ замѣнять собою отмѣненное постановленіе администраціи, закономъ вовсе не затронуто. Практика главнаго суда, повидимому, проводитъ тотъ взглядъ, что судъ, въ каждомъ данномъ случаѣ, долженъ входить въ разсмотрѣніе того, приняты ли администраціей при отказѣ во вниманіе *всѣ* условія, которыми обставлена дача концессіи, или же, напротивъ, администрація, признавъ отсутствіе *даннаго условія*, не входила вовсе въ разсмотрѣніе остальныхъ. Въ послѣднемъ случаѣ, рѣшеніе суда можетъ содержать только отмѣну ея постановленія; администраціи должна быть открыта возможность войти въ оцѣнку и разсмотрѣніе другихъ условій. Вопросъ о томъ, правильно или нѣтъ судъ, въ своемъ рѣшеніи, ограничился одной отмѣной отказа или, напротивъ, включилъ въ рѣшеніи и самую дачу концессіи, подлежитъ ревизіонной повѣркѣ [4]).

Постановленное рѣшеніе объявляется сторонамъ и съ этого времени вычисляются сроки обжалованія.

Прусскій процессъ допускаетъ двоякаго рода средства обжалованія—*апелляцію* и *ревизію*. Апелляція имѣетъ своимъ предположеніемъ всякаго рода неправильности рѣшенія дѣла [5]). Ревизія допускается только по двумъ основаніямъ. Ревизіоннымъ поводомъ признается: 1) непримѣненіе или неправильное примѣненіе дѣйствующаго права, въ частности

---

[1]) B. v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, S. 85, Note 79.
[2]) Entsheidungen, I, S. 133.
[3]) B. v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, S. 85, Note 79.
[4]) Entscheidungen, II, S. 3.
[5]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 52.

и административныхъ, нормативныхъ распоряженій и 2) существенныя неправильности дѣлопроизводства [1]).

Рѣшеніе можетъ быть обжаловано, во-первыхъ, сторонами, участвующими въ дѣлѣ [2]), въ томъ числѣ и третьими лицами, привлеченными или допущенными къ участію въ процессѣ [3])—въ ихъ собственномъ интересѣ; во-вторыхъ, въ общественномъ интересѣ, рѣшенія уѣзднаго комитета — ландратомъ, рѣшенія окружныхъ судовъ — регирунгсъ — президентомъ [4]).

Это право обжалованія въ общественномъ интересѣ, предоставленное ландрату, не лишаетъ то административное учрежденіе, которое является въ данномъ дѣлѣ стороной, самостоятельнаго права обжалованія постановленнаго рѣшенія [5]).

Обжалованію, въ порядкѣ административнаго процесса, подлежатъ вообще только такія рѣшенія, по отношенію къ которымъ не существуетъ право иска въ гражданскомъ судѣ. Предметомъ обжалованія можетъ быть только сама диспозиція рѣшенія, но не его мотивы [6]).

Въ частности, апелляціи подлежатъ только *неокончательныя* рѣшенія. Окончательными признаются всѣ рѣшенія апелляціонной инстанціи и тѣ рѣшенія первой инстанціи, которымъ законъ прямо придаетъ значеніе окончательныхъ.

Вопросъ о допустимости апелляціи рѣшается не первой инстанціей, а аппелляціонной и она не связана при рѣшеніи этого вопроса воззрѣніями на дѣло первой инстанціи, а рѣшаетъ вопросъ по свободному обсужденію самаго предмета иска. Поэтому, если судъ первой инстанціи ошибочно примѣнилъ къ дѣлу статью закона, устраняющаго право апелляціи, эта ошибка не лишаетъ сторонъ принадлежащаго имъ права [7]).

Относительно обжалованія въ общественномъ интересѣ главный судъ разъяснилъ, что оно распространяется только на спорныя дѣла и непримѣнимо тамъ, гдѣ уѣздный комитетъ не постановляетъ рѣшенія (Entscheidung), какъ судъ, а только опредѣленіе (Beschluss), какъ административно-распорядительный органъ [8]).

Срокъ для обжалованія, какъ въ апелляціонномъ, такъ и въ ревизіонномъ порядкѣ, опредѣленъ одинъ и тотъ же: 21 день. Это срокъ

---

[1]) Ibidem, § 64.
[2]) Ges. betr. Ver.-Ger., § 52, 53.
[3]) Busso v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Iuli, S. 89, Note 2.
[4]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 52, 53.
[5]) Entscheidungen, I № 45, S. 316; № 56, S. 378.
[6]) Entscheidungen, II № 67, S. 417.
[7]) Entscheidungen, V, № 36, S. 216.
[8]) Entscheidungen, III, № 47, S. 240.

общій; но для нѣкоторыхъ родовъ дѣлъ, перечисленныхъ въ законѣ, установленъ сокращенный 10-ти-дневный срокъ. Таковы, напр., дѣла по обжалованію полицейскихъ распоряженій, дѣла о постройкѣ дорогъ и др. [1]). Сроки эти, какъ и всѣ вообще сроки, установленные для административно-суднаго производства, преклюзивны и для вычисленія ихъ примѣняются тѣ правила, которыя установлены мѣстными законами о судопроизводствѣ гражданскомъ [2]). Вычисленіе сроковъ порождаетъ въ практикѣ административныхъ судовъ, какъ и вездѣ, много сомнѣній [3]). Но они представляютъ слишкомъ мало общаго интереса, чтобы на нихъ стоило останавливаться.

Въ означенные сроки обжалованіе должно быть не только заявлено, но и обосновано [4]). Докладчикъ коммисіи палаты депутатовъ, графъ Винтцингероде, пояснилъ при второмъ чтеніи проекта, что подъ обоснованіемъ тутъ не должно разумѣть *полнаго* обоснованія. Достаточно какого-нибудь обоснованія; дополнено оно можетъ быть и потомъ. Поддерживая необходимость требованія, чтобы обжалованіе было обосновано при самой заявкѣ, Микель указывалъ на то, что уже для возможности вычисленія срока—такъ какъ сроки различны—необходимо, чтобы жалующійся не ограничился заявленіемъ, что онъ апеллируетъ или требуетъ ревизіи, но чтобы вмѣстѣ съ тѣмъ было указано, на какое рѣшеніе онъ жалуется и какого его измѣненія онъ требуетъ. Указаніе предмета жалобы рѣшительно необходимо [5]).

Уже изъ этихъ поясненій защитниковъ требованія обоснованія жалобы видно, что ими самими несовсѣмъ ясно понималось практическое его значеніе. Обозначить въ жалобѣ, на какое рѣшеніе она подается, конечно необходимо, но такое указаніе не есть еще обоснованіе жалобы. Въ виду того, что законъ не указываетъ, въ чемъ именно должно заключаться обоснованіе, это требованіе на практикѣ сводится къ пустой формальнооти, не представляющей никакой пользы для дѣла [6]).

Если апелляціонная жалоба принесена предсѣдателемъ уѣзднаго комитета или регирунгсъ-президентомъ въ общественномъ интересѣ, то апелляціонный судъ, прежде разсмотрѣнія жалобы по существу, разрѣшаетъ вопросъ о томъ, дѣйствительно ли имѣется въ данномъ случаѣ на лицо общественный интересъ. При разрѣшеніи этого вопроса въ от-

---

[1]) Ges. betr. Verw.—Ger., §§ 54, 65.
[2]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 81.
[3]) Entscheidungen, II, S. 420; III, 244, 291, 317, 382, 287; IV, 54, 377, 382.
[4]) Ges. betr. Verw.—Ger., §§ 55, 65.
[5]) St. Ber. d. Abg. H., 1876, II, 1578—1579.
[6]) B. v. Bismarck, Das Verwaltungsstreitverfahren, S. 204—205.

рицательномъ смыслѣ, жалоба по существу не разсматривается и производство по ней прекращается [1]).

Къ ревизіоннымъ жалобамъ это постановленіе не примѣняется [2]). Но самое рѣшеніе вопроса о наличности общественнаго интереса подлежитъ ревизіонной повѣркѣ [3]).

Въ отношеніи къ обжалованію рѣшеній уѣзднаго комитета его предсѣдателемъ, установлено еще другое ограниченіе. Если онъ намѣревается обжаловать рѣшеніе, то объявленіе рѣшенія можетъ быть отсрочено, не далѣе, впрочемъ, трехъ дней. Затѣмъ, при самомъ объявленіи рѣшенія должно быть заявлено сторонамъ, что предсѣдатель обжалуетъ рѣшеніе. Если этого не будетъ сдѣлано, то осуществленіе права обжалованія въ общественномъ интересѣ уже болѣе послѣдовать не можетъ [4]).

При производствѣ дѣла въ ревизіонной инстанціи, судъ не стѣсненъ тѣми доводами которые приводитъ жалобщикъ. Судъ можетъ отмѣнить рѣшеніе и по другимъ основаніямъ [5]). Если онъ отмѣняетъ обжалованное рѣшеніе, то можетъ или самъ постановить новое рѣшеніе, или передать дѣло къ новому разсмотрѣнію въ окружномъ судѣ, смотря по тому, представляется ли дѣло уже достаточно изслѣдованнымъ и подготовленнымъ къ рѣшенію, или нѣтъ [6]).

При вторичномъ разсмотрѣніи дѣла, окружной судъ обязанъ дѣйствовать согласно тѣмъ началамъ, какія высказаны въ рѣшеніи главнаго суда по этому дѣлу [7]).

Если рѣшеніе не будетъ обжаловано въ теченіи установленнаго срока, или жалоба не приведетъ къ его отмѣнѣ, оно получаетъ законную силу.

Формально, законная сила рѣшеній административныхъ признается безусловно; административный процессъ не знаетъ средствъ для отмѣны рѣшеній, вошедшихъ въ законную силу [8]). Въ частности главный судъ призналъ это относительно т. н. Nullitätsklage прусскаго гражданскаго процесса [9]).

Что касается матеріальной законной силы рѣшеній, то вопросъ этотъ, спорный и въ гражданскомъ правѣ, представляетъ въ сферѣ административнаго права еще болѣе затрудненій. Законъ объ административныхъ судахъ не содержитъ объ этомъ никакихъ прямыхъ постановленій. Изъ ого-

---

[1]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 61.
[2]) Entscheidungen, II, 268.
[3]) B. v. Bismarck, Das Gesetz vom 3 Juli 1875, Note 67.
[4]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 58.
[5]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 68.
[6]) Ges. betr. Verw.—Ger., §§ 68, 69.
[7]) Ges. betr. Verw.—Ger., § 70.
[8]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, S. 298—210.
[9]) Entscheidungen, II, № 82 SS. 448, 149.

ворки § 40, что рѣшеніе получаетъ законную силу и для привлеченныхъ къ дѣлу третьихъ лицъ, можно заключить per argumentum a contrario, что и въ административномъ процессѣ рѣшеніе получаетъ законную силу только въ отношеніи лицъ участвовавшихъ въ дѣлѣ [1]).

Буссо-Бисмаркъ утверждаетъ, что, согласно съ практикой прусскаго оберъ-трибунала, главный административный судъ признаетъ, что законная сила распространяется только на диспозитивную часть рѣшенія (Tenor) а не на мотивы (Gründe) [2]). Но мы не нашли въ рѣшеніяхъ главнаго суда прямаго указанія на это [3]), и во всякомъ случаѣ отсюда не слѣдуетъ, что-бы, для выясненія истиннаго значенія рѣшенія, нельзя было обращать вниманія и на мотивы рѣшенія [4]).

Въ правѣ гражданскомъ всегда различимы три момента: правоспособность, право и осуществленіе права. Законную силу рѣшеніе имѣетъ не относительно вопроса о правоспособности лица вообще (въ каждомъ дѣлѣ онъ рѣшается для даннаго случая), также и не относительно одного только конкретнаго случая осуществленія права, а относительно самаго права. Напримѣръ, въ случаѣ спора о сервитутномъ правѣ, судебное рѣшеніе получаетъ законную силу не относительно только одного даннаго случая въѣзда въ лѣсъ за дровами, который послужилъ поводомъ возбужденія дѣла, но и вообще относительно моего права на въѣздъ.

Въ публичномъ правѣ, право и правоспособность не различимы: они сливаются воедино. За то, между правомъ и его осуществленіемъ, тутъ нерѣдко является третій, посредствующій моментъ, котораго не знаютъ гражданскія права: дѣйствіе администраціи.

Я имѣю избирательное право, но для того, чтобы осуществить его, необходимо, чтобы *раньше* я былъ внесенъ въ избирательный списокъ.

Я, какъ «надежный» человѣкъ, имѣю право на открытіе сумасшедшаго дома, но для осуществленія этого права необходимо, чтобы я *раньше* былъ признанъ «надежнымъ» компетентной властью.

Замѣтьте, особенность публичнаго права вовсе не въ томъ, что осуществленіе его на дѣлѣ зависитъ отъ признанія наличности его фактическихъ предположеній компетентной властью. Осуществленіе гражданскаго права находится въ такой же зависимости; если судъ не признаетъ долга, я ничего не получу съ должника. Если судъ признаетъ, что я

---

[1]) Это признаетъ и главный административный судъ. Entscheidungen, II, № 82, S. 69.

[2]) B. v. Bismarck, Verwaltungsstreitverfahren, SS. 211—222

[3]) Въ рѣшеніи 2 дек. 1876 года, по дѣлу, въ которомъ окружный судъ въ Лигнитцѣ (Liegnitz) придалъ законную силу мотивамъ рѣшенія, главный судъ оставляетъ вопросъ открытымъ, Entsch I, № 57, S. 384. Но авторъ ссылается на словесныя сообщенія ему предсѣдателя Персіуса.

[4]) Entscheidungen, I, № 13, S. 90.

оказалъ дарителю неблагодарность, я долженъ возвратить даръ обратно. Особенность публичныхъ правъ только въ томъ, что надобность въ такомъ признаніи компетентной властью наличности фактическихъ предположеній права, является не такъ какъ въ гражданскомъ правѣ, лишь въ случаѣ возникновенія спора, по поводу уже совершившагося осуществленія права, а до осуществленія, какъ необходимое его условіе.

Въ силу *этой* особенности публичныхъ правъ, начала опредѣляющія въ гражданскомъ процессѣ границы законной силы рѣшенія въ отношеніи предмета, не могутъ быть примѣнены въ административномъ процессѣ.

Тутъ надо, напротивъ, различать три различныхъ случая:

1. Признаніе наличности фактическихъ предположеній можетъ быть сдѣлано на неопредѣленное время, напр., при дачѣ концессіи; въ этомъ случаѣ законная сила рѣшенія безусловна.

2. Признаніе это можетъ быть сдѣлано на опредѣленный срокъ, напр., при внесеніи въ списокъ избирателей или плательщиковъ налога на опредѣленный періодъ; въ этомъ случаѣ и законная сила рѣшеній распространяется только на этотъ періодъ.

3. И наконецъ, признаніе можетъ быть сдѣлано только въ отношеніи даннаго момента, напр., при непризнаніи лица удовлетворяющимъ нравственнымъ требованіямъ, необходимымъ для полученія концессіи; въ этомъ случаѣ, начало законной силы рѣшенія вовсе не находитъ себѣ примѣненія.

Всѣ эти выводы принимаются и главнымъ судомъ.

Въ рѣшеніи II отдѣленія главнаго суда, отъ 10 февраля 1879 года, признано, что концессія не можетъ быть взята назадъ на основаніи такихъ событій, которыя совершились до выдачи концессіи и этимъ, конечно, признано и то, что концессія, разъ данная rebus sic stantibus—безповоротна [1]).

Въ рѣшеніи отъ 13 окт. 1876 г. признано, что рѣшеніе по иску о внесеніи въ списокъ избирателей, имѣетъ законную силу только для данныхъ выборовъ. При новомъ составленіи списковъ нельзя, ссылаясь на состоявшееся по поводу составленія стараго списка рѣшеніе, выставлять exceptio rei judicatae [2]).

Въ рѣшеніи I отдѣленія отъ 3 іюля 1878 г. признано, что рѣшенія относительно обязанности нести требуемыя за опредѣленный срокъ общинныя повинности и подати, не предрѣшаютъ вопроса относительно будущихъ требованій подобнаго же рода [3]).

---

[1]) Entsch., V, № 33, S. 211.
[2]) Entsch , I, № 14, S. 106.
[3]) Entsch. IV, № 23, S. 140.

Наконецъ, въ рѣшеніи I отдѣленія отъ 25 мая 1879 г. признано, что въ дѣлахъ по поводу отказа въ концессіяхъ, exceptio rei judicatae вовсе не можетъ имѣть примѣненія [1]).

Выставленныя нами три положенія, можно выразить также въ слѣдующей, болѣе общей формѣ. Въ административномъ процессѣ, судебное рѣшеніе имѣетъ законную силу по отношенію не къ праву, а только къ частному случаю его осуществленія, по поводу котораго состоялось рѣшеніе. Exceptio rei judicatae вовсе не примѣняется къ дѣламъ объ отказѣ въ осуществленіи не періодически осуществляемаго права. Въ отношеніи къ правамъ, осуществляемымъ періодически, въ опредѣленные сроки, exceptio rei judicatae примѣняется, безразлично въ случаѣ отказа и въ случаѣ допущенія, только въ теченіи даннаго періода.

Намъ осталось еще, въ заключеніе, указать на порядокъ исполненія рѣшеній административныхъ судовъ. Исполненіе ихъ совершается административнымъ порядкомъ [2]). Предписаніе объ исполненіи дѣлается отъ имени того суда, который рѣшалъ дѣло въ первой инстанціи. Жалобы по исполненію приносятся въ административный судъ. На постановленія по такимъ жалобамъ уѣзднаго комитета можно подавать жалобы въ окружной судъ, рѣшенія котораго, по спорамъ объ исполненіи, всегда окончательны [3]).

---

[1]) Entsch., V, № 46, s. 292. «Denn Verwaltungsstreitsachen der vorliegenden Art schliessen zufolge ihrer rechtlichen Natur den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache von selbst und überhaupt aus». Bismarck, Verw. streitverfahren, s. 222, которому это рѣшеніе не было извѣстно, высказывается въ противуположномъ смыслѣ.

[2]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 89.

[3]) Ges. betr. Verw.—Ger. § 79.

Австрійское престолонаслѣдіе.

Въ нѣкоторыхъ изъ нашихъ газетъ, по поводу смерти австрійскаго наслѣдника престола эрцгерцога Рудольфа, высказаны были сомнѣнія о томъ, къ кому именно послѣ него должны перейти ближайшія права на австро-венгерскую корону. «*Новости*» ссылками на Ульбриха, автора извѣстнаго руководства австро-венгерскаго государственнаго права, пытались доказать, что за смертью эрцгерцога Рудольфа ближайшія права на престолъ должны перейти къ его дочери эрцгерцогинѣ Елисаветѣ. Но въ дальнѣйшихъ своихъ статьяхъ по этому вопросу «Новости» утверждаютъ только, что такой порядокъ престолонаслѣдія, установленъ будто-бы прагматической санкціей, и что въ настоящее время онъ нѣсколько измѣненъ какими-то позднѣйшими договорами.

Въ дѣйствительности, въ Австріи издавна, задолго до прагматической санкціи, установился тотъ же самый порядокъ престолонаслѣдія, какой и у насъ введенъ основнымъ закономъ 5 апрѣля 1797 года. Порядокъ этотъ заключается въ томъ, что женщины призываются къ престолонаслѣдію только тогда, если мужское поколѣніе пресѣчется во всѣхъ линіяхъ. Другими словами, если есть дяди или племянники—наслѣдуютъ они, а не дочь послѣдне-царствовавшаго императора. Этимъ русско-австрійская система отличается одинаково и отъ салической, и отъ кастильской: салическая вовсе не допускаетъ къ престолонаслѣдію женщинъ; кастильская, примѣняемая и въ Англіи, напротивъ, допускаетъ къ престолонаслѣдію младшія линіи только тогда, если отъ старшей линіи не останется болѣе представителей ни мужскаго, ни женскаго пола.

Прагматическая-же санкція 19 апрѣля 1713 года установила впервые наслѣдованіе престола и женщинами, въ случаю пресѣченія мужскаго поколѣнія не австрійской, а *венгерской* короны. Кромѣ того, она опредѣлила одинъ частный вопросъ порядка наслѣдованія женщинъ. У старшаго брата Карла VI — Іосифа I были двѣ дочери; поэтому, со смертью Карла VI и съ пресѣченіемъ въ его лицѣ всего мужскаго поколѣнія Габсбурговъ, долженъ былъ возникнуть вопросъ, кому принадлежитъ ближайшее право на австрійскій престолъ — Маріи-ли Терезіи, дочери послѣдне-царствовавшаго монарха, но вмѣстѣ съ тѣмъ *млад-*

шаго сына Леопольда I, или дочерямъ *старшаго* его сына Іосифа I, изъ которыхъ одна была замужемъ за курфюрстомъ баварскимъ Карломъ-Альбертомъ [1]), другая—за курфюрстомъ саксонскимъ Августомъ. Заключеннымъ еще при жизни Леопольда I pactum mutuae successionis 12 сентября 1703 года, вопросъ этотъ рѣшался не въ пользу дочерей послѣдне-царствовавшаго (Erbtöchter), а въ пользу дочерей старшаго сына (Regredienterbinnen). Прагматическая-же санкція, наоборотъ, отдаетъ первенство дочери Карла VI, какъ послѣдне-царствовавшаго, т. е. призываетъ Erbtöchter къ наслѣдованію раньше Regredienterbinnen. На русскомъ языкѣ нѣтъ соотвѣтствующихъ терминовъ [2]). Но у нѣмецкихъ государствовѣдовъ Erbtochter всегда обозначаетъ дочь послѣдне-царствовавшаго монарха, а Regredienterbinnen суть женщины, происходящія изъ старшей линіи, отъ которой престолъ перешелъ къ младшей, въ силу предпочтенія мужскаго поколѣнія женскому.

Эти постановленія прагматической санкціи и въ настоящее время сохраняютъ всю свою силу. Но только смерть кронпринца Рудольфа не даетъ вовсе повода къ ихъ примѣненію, такъ какъ мужское поколѣніе Габсбурговъ еще существуетъ въ лицѣ эрцгерцога Карла-Людвига и его сыновей. Хотя Erbtöchter наслѣдуютъ престолъ раньше Regredienterbinnen, но во всякомъ случаѣ и Erbtöchter допускаются къ престолонаслѣдію только тогда, если династія вовсе не имѣетъ представителей мужскаго пола.

Если имѣть въ виду указанное значеніе терминовъ Erbtöchter и Regredienterbin, то нетрудно убѣдиться, что и Ульбрихъ излагаетъ порядокъ австрійскаго престолонаслѣдія во всемъ согласно съ изложеннымъ мною. Вотъ его слова: «престолонаслѣдіе прежде всего агнатическое. Существуетъ поэтому предпочтеніе мужскаго поколѣнія женскому. При недостаткѣ мужскаго поколѣнія имѣетъ мѣсто наслѣдованіе когнатовъ по тѣмъ же принципамъ наслѣдованія по линіямъ и первородства. Прежде всего наслѣдуетъ дочь послѣдне-царствовавшаго лица (Erbtöchter) и ея потомство... Дочери послѣдне-царствовавшаго устраняютъ поэтому такъ наз. регредіентныхъ наслѣдницъ и ихъ потомство» [3]).

---

[1]) Карлъ Альбертъ, кромѣ брака своего съ дочерью Іосифа Маріей Амаліей, основывалъ свои притязанія на австрійскій престолъ, также на происхожденіи своемъ отъ дочери Фердинанда I, Анны, вышедшей (1525 г.) за Альберта V, герцога баварскаго.

[2]) Нашъ законъ о престолонаслѣдіи перенялъ изъ австрійскаго и эту подробность, предпочтенія Erbtöchter регредіентнымъ наслѣдницамъ, но выражаетъ это описательно въ 8 ст. осн. зак.

[3]) Ulbrich, Das Staatsrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie. 1884. S. 19.

Вопросъ о регентствѣ въ Германіи.

Порядокъ организаціи регентства въ Германской имперіи обойденъ молчаніемъ въ Имперской конституціи, а потому вопросъ о регентствѣ въ Германіи невольно привлекаетъ къ себѣ вниманіе.

Собственно въ Пруссіи имѣются на этотъ случай весьма обстоятельныя законодательныя постановленія, содержащіяся въ ст. 56—58 прусской конституціи. Поводомъ къ установленію регентства можетъ быть какъ несовершеннолѣтіе короля, такъ и вообще неспособность его къ личному управленію по какой бы то ни было причинѣ. Право возбужденія вопроса о необходимости установленія регентства предоставлено ближайшему совершеннолѣтнему агнату короля, рѣшаетъ же этотъ вопросъ ландтагъ въ соединенномъ засѣданіи обѣихъ палатъ. Въ случаѣ признанія ландтагомъ необходимости установленія регентства, регентомъ по праву становится тотъ же ближайшій совершеннолѣтній агнатъ. Если бы совершеннолѣтняго агната не оказалось, то право возбужденія вопроса о необходимости установленія регентства переходитъ къ министерству, а регентъ назначается по усмотрѣнію ландтага. Такимъ образомъ, въ настоящее время право возбужденія вопроса о регентствѣ и право быть регентомъ принадлежитъ принцу Генриху, какъ старшему брату короля.

Но все это—постановленія только *прусской* конституціи. Между тѣмъ, прусскій король есть вмѣстѣ съ тѣмъ и германскій императоръ. Монархъ, неспособный лично управлять прусскимъ королевствомъ, конечно, точно также неспособенъ осуществлять и функціи германскаго императора. Но въ имперской конституціи вопросъ о регентствѣ обойденъ безусловнымъ молчаніемъ. Статья 11 конституціи Германской имперіи постановляетъ, что предсѣдательство въ союзѣ (Präsidium des Bundes) принадлежитъ прусскому королю, носящему титулъ германскаго императора—и только.

Какъ надо понимать это молчаніе имперской конституціи по вопросу о регентствѣ? Значитъ ли это, что въ случаѣ признанія прусскимъ ландтагомъ короля Пруссіи неспособнымъ къ личному осуществленію его королевской власти, онъ становится eo ipso неспособнымъ къ осуществленію

и своей императорской власти? Значитъ ли это, что ближайшій агнатъ прусскаго короля или лицо, назначенное въ регенты прусскимъ ландтагомъ, должно быть eo ipso и регентомъ германской имперіи?

Рѣшительное большинство публицистовъ Германіи, какъ Лабандъ, Тудихумъ, Зейдель, Цорнъ, Георгъ Мейеръ, Генель, Кирхенгеймъ, Шульце фонъ Геверницъ, Гельдъ, Ганке, Грассманъ, такъ именно и рѣшаютъ этотъ вопросъ. Разъ прусскій король признанъ недѣеспособнымъ, онъ не можетъ болѣе лично осуществлять никакихъ своихъ правъ, въ томъ числѣ и правъ, принадлежащихъ ему, какъ германскому императору. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду отсутствія въ имперской конституціи какихъ-либо особыхъ правилъ о регентствѣ, прусскій регентъ долженъ замѣнять прусскаго короля и въ его функціяхъ, какъ германскаго императора.

Однако этотъ взглядъ встрѣчаетъ и возраженія. Моль, Рённе, Ауербахъ, Эсфельдъ считаютъ непримѣнимыми къ германскому императору постановленія прусской конституціи о регентствѣ. Доводы ихъ основаны частью на самомъ текстѣ статьи 11 германской имперской конституціи, частью на характерѣ отношеній прусскаго ландтага къ имперской власти.

Статья 11 перешла въ имперскую конституцію изъ конституціи сѣверо германскаго союза, но въ нѣсколько измѣненномъ изложеніи. Въ конституціи сѣверо-германскаго союза постановлялось, что «предсѣдательство въ союзѣ принадлежитъ прусской *коронѣ*». Въ текстѣ имперской конституціи слово «корона» замѣнено словомъ «король». Отсюда указанные писатели и выводятъ заключеніе, что со времени установленія имперіи предсѣдательство въ союзѣ принадлежитъ только и исключительно самому прусскому королю, но не какому-либо другому лицу, могущему его замѣнять на основаніи постановленій прусской конституціи.

Но этотъ первый доводъ, основанный на самомъ текстѣ статьи 11 имперской конституціи, лишенъ всякой убѣдительности. Во-первыхъ, изъ протоколовъ засѣданій рейхстага, посвященныхъ обсужденію проекта имперской конституціи, видно, что никто тогда не сдѣлалъ ни малѣйшаго намека на подобное значеніе замѣны слова «корона» словомъ «король». Во-вторыхъ, не трудно понять дѣйствительную и при томъ весьма простую причину такой замѣны. Все дѣло заключалось въ томъ, что надо было добавить къ первоначальному тексту опредѣлительное придаточное предложеніе «носящій титулъ германскаго императора», которое никакъ нельзя было связать со словомъ «корона», ибо корона никакихъ титуловъ не носитъ: носитъ ихъ только представитель короны—король. Вотъ почему и замѣнили «корону» «королемъ», но очевидно «король» въ дѣйствующемъ изложеніи статьи 11 означаетъ то же самое, что «корона» въ первоначальномъ текстѣ.

Второй доводъ противниковъ примѣнимости постановленій прусской

конституціи о регентствѣ къ императору, основанъ на характерѣ отношеній прусскаго ландтага въ имперской власти. Говорятъ, что *прусскій* ландтагъ не можетъ устранять отъ личнаго управленія *германскаго императора*, не можетъ назначать своею властью *имперскаго* регента, потому что постановленія прусскаго ландтага обязательны только для Пруссіи, но не для имперіи.

Но и этотъ доводъ, лишь на первый взглядъ, можетъ представиться имѣющимъ убѣдительную силу. Вглядываясь ближе въ отношенія, существующія между прусской королевской и германской императорской коронами, увидимъ, что установленная конституціей организація Германской имперіи неизбѣжнымъ образомъ приводитъ къ предоставленію прусской законодательной власти права опредѣлять личность того, кто признанъ осуществлять функціи императорской власти въ имперіи. Такъ, имперская конституція не установляетъ опредѣленнаго порядка преемства императорской власти. Императоромъ германскимъ признается безусловно и всегда тотъ, кто является прусскимъ королемъ. Но прусская законодательная власть, конечно, можетъ измѣнить прусское законодательство о престолонаслѣдіи; можетъ измѣнить порядокъ престолонаслѣдія; можетъ салическую систему замѣнить кастильской, допустить къ престолонаслѣдію женскія линіи и женщинъ,—и тогда германская императорская корона можетъ оказаться принадлежащей женщинѣ. Имперская власть всѣмъ такимъ перемѣнамъ въ порядкѣ престолонаслѣдія воспротивиться никоимъ образомъ не можетъ. Это не значитъ, однако, чтобы прусскіе законы имѣли обязательную силу для всей Германской имперіи. Прусское законодательство опредѣляетъ непосредственно только наслѣдованіе прусской короны. Но разъ императорская корона неотдѣлима отъ прусской короны,—законы, касающіеся этой послѣдней, не могутъ не касаться и первой.

Но этого мало. Если бы царствующая династія вся вымерла или въ Пруссіи совершился бы государственный переворотъ, приведшій къ изгнанію Гогенцоллерновъ и къ замѣнѣ ихъ другой династіей, прусскій король изъ новой династіи безспорно былъ бы такъ же германскимъ императоровъ. Наконецъ, если бы прусское законодательство замѣнило наслѣдственный порядокъ преемства престола—избирательнымъ, выборный прусскій король былъ бы точно также германскимъ императоромъ, такъ какъ статья 11 имперской конституціи предоставляетъ званіе императора не наслѣдственному королю изъ династіи Гогенцоллерновъ, а просто и безусловно прусскому королю, кто бы онъ ни былъ.

Итакъ, отъ прусской законодательной власти всецѣло зависитъ такъ или иначе опредѣлить личность германскаго императора. Почему-же не можетъ прусскій ландтагъ признать необходимость регентства и назначить регента, осуществляющаго и функціи германскаго императора? На-

значеніе регентства есть, конечно, меньшее право, чѣмъ измѣненіе порядка престолонаслѣдія, призваніе новой династіи, замѣна наслѣдственнаго преемства престола избирательнымъ. А кому принадлежитъ большее, тому принадлежитъ и меньшее.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что доводы противъ возможности осуществленія функцій германскаго императора прусскимъ регентомъ не отличаются убѣдительностью. Но имъ можно, кромѣ того, противопоставить весьма вѣскіе положительные доводы.

Нельзя не замѣтить, что само имперское правительство, очевидно, признаетъ, что въ случаѣ назначенія регентства прусскій регентъ осуществляетъ и права, принадлежащія прусскому королю, какъ германскому императору. Иначе при вступленіи на престолъ Вильгельма II, имѣющаго несовершеннолѣтняго наслѣдника, въ виду отсутствія общаго имперскаго закона о регентствѣ былъ-бы безъ сомнѣнія изданъ спеціальный имперскій законъ, опредѣляющій ad hoc, кто долженъ замѣнить въ качествѣ регента въ имперіи императора Вильгельма II въ случаѣ его смерти до достиженія его старшимъ сыномъ совершеннолѣтія. Такъ всегда дѣлается въ государствахъ, не имѣющихъ общаго закона о регентствѣ, напримѣръ въ Англіи. Когда нынѣ царствующая королева Викторія вступила въ бракъ съ покойнымъ принцомъ Альбертомъ, и такимъ образомъ явилась возможность рожденія у нея дѣтей, былъ изданъ особый парламентскій актъ, опредѣлившій срокъ совершеннолѣтія предполагаемаго наслѣдника престола и организацію регенства на случай смерти королевы Викторіи до достиженія ея старшимъ сыномъ совершеннолѣтія. Если-бы имперское правительство признавало прусскаго регента не имѣющимъ права осуществлять функціи германскаго императора, оно должно бы было озаботиться изданіемъ подобнаго-же закона. Отсутствіе такого закона знаменуетъ молчаливое признаніе примѣнимости прусскаго регентства къ имперіи.

Установленіе особаго имперскаго регентства, независимо отъ прусскаго, представлялось-бы къ тому-же едва-ли осуществимымъ, особенно въ случаяхъ душевной болѣзни императора. При отдѣленіи имперскаго регентства пришлось-бы и признаніе императора неспособнымъ къ управленію предоставить соотвѣтственно какому-нибудь имперскому учрежденію—союзному совѣту или рейхстагу. Но тогда могло-бы случиться такъ, что прусскій ландтагъ призналъ-бы прусскаго короля душевнобольнымъ, а союзный совѣтъ—того-же короля въ качествѣ императора здоровымъ, или наоборотъ. Подобный результатъ всегда возможенъ, а между тѣмъ онъ поставилъ-бы и имперское, и прусское правительство въ безъисходное положеніе. Очевидно установленіе неспособности къ осуществленію королевскихъ и императорскихъ функцій должно быть предоставлено одному и тому-же учрежденію, а не двумъ разнымъ. И

притомъ для разрѣшенія вопросовъ такого рода прусскій ландтагъ, надо сказать, представляется гораздо болѣе подходящимъ органомъ, нежели какое-либо изъ имперскихъ учрежденій. Дѣло въ томъ, что хотя прусскій ландтагъ состоитъ изъ двухъ палатъ, но вопросы о регентствѣ разрѣшаются въ соединенномъ засѣданіи обѣихъ палатъ, такъ что двухъ разнорѣчивыхъ постановленій не можетъ получиться. Между тѣмъ, изъ имперскихъ учрежденій разрѣшеніе вопросовъ о регентствѣ могло-бы быть предоставлено только или рейхстагу, или союзному совѣту. Но если предоставить это рейхстагу, то всѣ союзныя правительства окажутся устраненными отъ участія въ разрѣшеніи вопроса о регентствѣ; если предоставить это союзному совѣту—то же самое получится относительно всего германскаго народа. Принять для разрѣшенія вопросовъ о регентствѣ обыкновенный законодательный порядокъ съ участіемъ и рейхстага, и союзнаго совѣта также невозможно, потому что, если противъ законопроекта о регентствѣ выскажется рейхстагъ, или союзный совѣтъ, проектъ долженъ считаться отвергнутымъ, и тогда можетъ случиться, что императору придется управлять при содѣйствіи рейхстага или союзнаго совѣта, признавшаго его душевно-больнымъ. Соединить же рейхстагъ и союзный совѣтъ въ одно соединенное присутствіе едва ли возможно въ виду совершенной разнородности ихъ состава и организаціи. Рейхстагъ состоитъ изъ независимыхъ народныхъ представителей, избираемыхъ на опредѣленный срокъ всеобщей подачей голосовъ. Союзный совѣтъ есть собраніе делегатовъ отдѣльныхъ правительствъ, вполнѣ отъ нихъ зависимыхъ, дѣйствующихъ по получаемымъ отъ правительствъ наказамъ, назначаемыхъ не на опредѣленный срокъ и даже въ неопредѣленномъ точно числѣ. Составить изъ такихъ разнородныхъ элементовъ одну, совмѣстно обсуждающую и голосующую коллегію едва ли возможно.

Точно также и для назначенія имперскимъ регентомъ едва ли можно выбрать какое-либо другое лицо, кромѣ прусскаго регента. Эсфельдъ находитъ возможнымъ назначеніе имперскимъ регентомъ кого-либо изъ правителей государствъ, входящихъ въ составъ Германской имперіи. Но это привело бы къ совершенному разстройству всей сложившейся организаціи имперской власти. Чрезъ всю имперскую конституцію проходитъ принципъ рѣшительнаго преобладанія Пруссіи: ея депутаты въ рейхстагѣ составляютъ большинство двухъ третей; въ союзномъ союзѣ она имѣетъ семнадцать голосовъ, между тѣмъ какъ даже Баварія пользуется въ немъ всего шестью голосами, и для отклоненія любого предложенія, направленнаго къ измѣненію имперской конституціи, достаточно всего четырнадцати голосовъ. Поэтому, если бы регентомъ былъ назначенъ король вюртембергскій или саксонскій, то въ управленіе имперіи внесенъ бы былъ весьма опасный дуализмъ: императорская

власть фактически перешла бы отъ Пруссіи къ другому государству. между тѣмъ преобладающее положеніе въ рейхстагѣ и въ союзномъ совѣтѣ сохранилось бы попрежнему за Пруссіей. Два регента, прусскій и имперскій, являясь представителями одного и того же недѣеспособнаго монарха, дѣйствуя оба отъ его имени, могли бы занять въ союзномъ совѣтѣ прямо враждебное другъ другу положеніе. При этомъ имперскій регентъ, не пользуясь, какъ таковой, особымъ голосомъ въ союзномъ совѣтѣ, располагалъ бы тамъ лишь такимъ числомъ голосовъ. какое представлено его собственному государству, т. е. во всякомъ случаѣ не болѣе шести голосовъ, и слѣдовательно не могъ бы останавливать неодобряемыхъ имъ проектовъ измѣненія имперской конституціи. А прусскій регентъ располагалъ бы семнадцатью голосами и слѣдовательно въ союзномъ совѣтѣ пользовался бы большимъ вліяніемъ чѣмъ представитель императорской власти. Все это неизбѣжно должно бы было привести къ совершенно невозможному положенію имперскаго регента, лишеннаго подобающаго вліянія въ имперскомъ управленіи.

Поэтому съ увѣренностью можно сказать, что если бы имперское законодательство и задумало опредѣлить особымъ имперскимъ закономъ имперское регентство, нельзя было бы найти другого подходящаго рѣшенія этого вопроса, какъ предоставленіе имперскаго регентства тому же прусскому регенту.

Наши законы о престолонаслѣдіи.

Въ своемъ критическомъ разборѣ моего курса «Русское государственное право» проф. Куплеваскій останавливается между прочимъ на томъ толкованіи, какое я даю постановленіямъ основныхъ законовъ о порядкѣ престолонаслѣдія, находя его «очень запутаннымъ и едва ли правильнымъ» [1]) и отдавая предпочтеніе иному, якобы общепринятому толкованію.

Но прежде всего должно замѣтить, что въ нашей литературѣ государственнаго права никакого общепринятаго *толкованія* законовъ о престолонаслѣдіи вовсе не существуетъ.

У Дюгамеля дѣло ограничивается дословной перепечаткой акта 5 апрѣля 1797 года [2]), у Клобуцкаго такой же перепечаткой соотвѣтствующихъ статей свода [3]); у Андреевскаго [4]), Романовича-Словатинскаго [5]) и Градовскаго [6]) дословная перепечатка замѣняется пересказомъ, но также безо всякихъ объясненій. Самъ составитель свода Сперанскій въ своихъ бесѣдахъ о законахъ, излагая порядокъ престолонаслѣдія, ограничивается передачей статей 3 и 5 осн. зак., совершенно не упоминая о всѣхъ другихъ статьяхъ, относящихся къ этому вопросу [7]).

Между тѣмъ постановленія ст. 5—13 основныхъ законовъ вовсе не отличаются такою ясностью и опредѣленностью, чтобы правильное ихъ

---

[1]) Записки Императ. Харьковскаго университета. 1894, книга 2, стр. 6.

[2]) К. Д. Опытъ государственнаго права Россійской Имперіи. Спб. 1833, стр. 4—10.

[3]) Изслѣдованіе главныхъ положеній основныхъ законовъ Россійской Имперіи въ историческомъ ихъ развитіи. Харьковъ. 1839, стр. 58—62.

[4]) Русское государственное право. Т. I. 1866, стр. 144—145.

[5]) Система русскаго государственнаго права. Ч. I. 1886, стр. 96.

[6]) Начала русскаго государственнаго права, I, 2 изд. 1892, стр. 173—174.

[7]) Сборн. Русск. Ист. Общ., т. XXX, стр. 371. «Наслѣдіе престола и порядокъ его опредѣляются въ сводѣ слѣдующими словами»: и затѣмъ слѣдуетъ текстъ указанныхъ статей.

толкованіе могло быть установлено изъ нихъ самихъ, безъ тщательнаго сопоставленія съ подлиннымъ текстомъ акта 5 апрѣля 1797 года и съ учрежденіемъ Императорской Фамиліи. Да и сами составители послѣдующихъ изданій свода, очевидно, сознавали это. Порядокъ престолонаслѣдія оставался и остается ни въ чемъ неизмѣненнымъ со времени акта 5 апрѣля, вполнѣ точно и обстоятельно его опредѣлившаго, а между тѣмъ изложеніе соотвѣтствующихъ статей во второмъ изданіи свода 1842 г. было нѣсколько измѣнено, очевидно, съ цѣлью придать имъ бо̀льшую опредѣлительность. Однако, въ дѣйствительности, сдѣланныя тогда измѣненія, сохранившіяся и въ позднѣйшихъ изданіяхъ свода 1857 и 1892 гг., нисколько не содѣйствовали приданію этимъ статьямъ бо̀льшей ясности.

Источникомъ для составленія статей 5—13 основныхъ законовъ и притомъ единственнымъ источникомъ послужилъ актъ 5 апрѣля 1797 года. Въ немъ порядокъ престолонаслѣдія опредѣляется чисто въ описательной, конкретной формѣ. Императоръ Павелъ опредѣляетъ въ немъ, въ какомъ порядкѣ послѣ него долженъ быть наслѣдуемъ престолъ его сыновьями и дочерьми. Опредѣленія эти въ ихъ конкретной формѣ совершенно ясны и точны. «Избираемъ, говорится въ немъ, наслѣдникомъ, по праву естественному послѣ смерти моей, Павла, сына нашего большаго Александра, а по немъ все его мужеское поколѣніе. По пресѣченіи сего мужескаго поколѣнія, наслѣдство переходитъ въ родъ втораго моего сына, гдѣ и слѣдовать тому, что сказано о поколѣніи старшаго моего сына и такъ далѣе, если бы болѣе у меня сыновей было; что и есть первородство. По пресѣченіи послѣдняго мужескаго поколѣнія сыновей моихъ, наслѣдство остается въ семъ родѣ, но въ женскомъ поколѣніи послѣднецарствовавшаго, въ которомъ слѣдовать тому же порядку, предпочитая мужеское лицо женскому... По пресѣченіи сего рода, наслѣдство переходитъ въ родъ старшаго моего сына въ женское поколѣніе, въ которомъ наслѣдуетъ ближняя родственница послѣ-царствовавшаго рода вышеупомянутаго сына моего, а въ недостаткѣ оной, то лицо мужеское или женское, которое заступаетъ ея мѣсто, что и есть заступленіе. По пресѣченіи же сихъ родовъ наслѣдство переходитъ въ женскій родъ прочихъ моихъ сыновей, слѣдуя тому же порядку, а потомъ въ родъ старшей дочери моей въ мужеское поколѣніе, а по пресѣченіи онаго въ женское ея поколѣніе, слѣдуя порядку, наблюдаемому въ женскихъ поколѣніяхъ сыновей моихъ По пресѣченіи мужескаго и женскаго старшей дочери моей, наслѣдство переходитъ къ поколѣнію мужескому, а потомъ женскому второй дочери моей и такъ далѣе. Здѣсь правиломъ положить должно, что меньшая сестра, хотя бы и сыновей имѣла, не отъемлетъ права у старшей, хотя бы незамужней».

Изъ такого описанія порядка престолонаслѣдія ясно, что мужскимъ

линіямъ отдается безусловное преимущество передъ женскими. Самая отдаленная мужская линія исключаетъ самую близкую женскую. Только послѣ полнаго пресѣченія *всѣхъ* мужскихъ поколѣній *всѣхъ* сыновей Павла I престолъ можетъ перейти въ женскую линію.

Въ мужскихъ линіяхъ престолъ наслѣдуется, по порядку первородства, такъ что линіи призываются къ наслѣдію престола одна за другой по порядку ихъ старшинства и притомъ именно линіи, такъ что самый отдаленный представитель старшей линіи имѣетъ преимущество передъ самымъ близкимъ представителемъ младшей (Lineal Primogeniturordnung).

Порядокъ призыва къ наслѣдію престола женскихъ линій представляется болѣе сложнымъ. Прежде всего отдается преимущество женскимъ поколѣніямъ мужскихъ родовъ, т. е. происходящимъ отъ сыновей Павла, предъ мужскими и женскими поколѣніями его дочерей.

Женскія поколѣнія мужскихъ родовъ призываются въ такомъ порядкѣ, что прежде всего наслѣдіе престола принадлежитъ женскому поколѣнію послѣдне-царствовавшаго. Послѣ полнаго пресѣченія и женскаго поколѣнія рода послѣдне-царствовавшаго сына Павла, къ наслѣдію престола призывается женское поколѣніе его старшаго сына, затѣмъ второго, и т. д.

Женскія поколѣнія въ родѣ каждаго изъ сыновей Павла наслѣдуютъ престолъ въ такомъ порядкѣ, что сначала призываются ближайшія родственницы послѣдне-царствовавшаго представителя мужскаго поколѣнія этого рода, а затѣмъ родственницы раньше царствовавшихъ. Такъ какъ старшіе царствуютъ раньше, а младшіе послѣ, то въ женскихъ поколѣніяхъ каждаго мужскаго рода получается порядокъ обратный порядку первородства (Rückwärtsprimogeniturordnung), и актъ 5 апрѣля 1797 г. называетъ этотъ порядокъ—порядкомъ заступленія, указывая на него, какъ на отличительную особенность престолонаслѣдія въ женскихъ линіяхъ.

Потомство дочерей Павла призывается затѣмъ къ наслѣдію престола въ порядкѣ первородства, съ тою лишь особенностью, что преимущество мужскихъ поколѣній предъ женскими тутъ не такъ безусловно, какъ въ мужскихъ родахъ. Младшій братъ устраняетъ старшую сестру, но племянникъ не исключаетъ тетки, старшей сестры своей матери.

Актъ 5 апрѣля 1797 г. опредѣляетъ собственно только порядокъ чередованія въ наслѣдованіи престола сыновей и дочерей Павла съ ихъ мужскимъ и женскимъ потомствомъ. Въ немъ нѣтъ прямого указанія на то, въ какомъ порядкѣ чередуется между собой въ наслѣдованіи престола самое это потомство: внуки, внучки, правнуки и т. д. Павла I. Но именно отсутствіе особаго опредѣленія порядка ихъ чередованія означаетъ, что порядокъ этотъ долженъ быть тотъ же самый, какъ и для дѣтей самого Павла. Сыновья и дочери Николая I, Александра II, Але-

ксандра III должны быть призываемы къ наслѣдію престола тѣмъ же чередомъ, какъ сыновья и дочери Павла. Порядокъ наслѣдованія престола въ потомствѣ всѣхъ царствовавшихъ императоровъ долженъ быть, конечно, одинъ и тотъ-же.

И въ этомъ отношеніи нѣтъ никакого основанія дѣлать какое-либо различіе между мужскими и женскими поколѣніями: какъ въ мужскихъ, такъ и въ женскихъ поколѣніяхъ внуки и внучки, правнуки и правнучки и т. д. наслѣдуютъ престолъ въ томъ-же самомъ порядкѣ, какъ сыновья и дочери Павла.

Актъ 5 апрѣля говоритъ лишь общимъ образомъ о женскихъ поколѣніяхъ сыновей Павла. Но само собою разумѣется, что и женскихъ поколѣній, происходящихъ отъ каждаго изъ сыновей Павла, можетъ быть нѣсколько. Это можетъ быть потомство его внучекъ, правнучекъ, праправнучекъ и притомъ какъ женское же, такъ и мужское. Такъ, къ женскому поколѣнію Николая I принадлежитъ не только потомство его собственныхъ дочерей, но и потомство дочерей его сыновей Александра, Константина, Николая, Михаила и могущее быть потомство ихъ внучекъ, правнучекъ и т. д. Всѣ эти женскія поколѣнія, какъ принадлежащія къ роду послѣдне-царствовавшаго сына Павла I, должны быть, согласно прямому постановленію акта 5 апрѣля, исчерпаны раньше призванія къ престолонаслѣдію женскихъ поколѣній, принадлежащихъ къ роду какого-либо другого сына Павла I. Такъ какъ Александръ и Константинъ Павловичи вовсе не оставили потомства, то по пресѣченіи всѣхъ женскихъ поколѣній, принадлежащихъ къ роду Николая I, престолъ долженъ бы былъ перейти въ женскія поколѣнія, принадлежащія къ роду Михаила Павловича, и, лишь послѣ пресѣченія и этихъ поколѣній, въ родъ дочерей Павла въ порядкѣ первородства.

Порядокъ призыва по наслѣдію престола женскихъ поколѣній въ каждомъ отдѣльномъ родѣ: въ родѣ Николая I, его сыновей, его внуковъ и т. д. долженъ быть тотъ-же самый, что и въ родѣ самого Павла I. Поэтому по пресѣченіи потомства ближайшей родственницы послѣдняго представителя мужскихъ линій къ наслѣдію престола должно быть признано женское поколѣніе старшаго брата послѣдняго представителя мужскихъ поколѣній, затѣмъ женское поколѣніе его второго, третьяго и т. д. его братьевъ; затѣмъ мужскія и женскія поколѣнія его сестеръ въ порядкѣ первородства; затѣмъ въ такомъ-же порядкѣ поколѣнія, ведущія свое начало отъ его дядей и тетокъ; затѣмъ двоюродныхъ дѣдовъ и бабокъ и т. д.

Такимъ образомъ, постановленія акта 5 апрѣля, хотя и имѣютъ конкретно описательный характеръ, даютъ достаточное основаніе для совершенно полнаго и исчерпывающаго всѣ возможные случаи опредѣленія порядка престолонаслѣдія во всѣхъ прямыхъ и боковыхъ линіяхъ.

При составленіи на этомъ основаніи соотвѣтствующихъ постановленій основныхъ законовъ можно было избрать два различныхъ пути. Можно было, во-первыхъ, сохранить описательную форму и опредѣлить порядокъ престолонаслѣдія въ видѣ описанія того, въ какомъ порядкѣ должны быть послѣдовательно призываемы на престолъ различные роды и поколѣнія въ потомствѣ Павла I; при этомъ можно бы было цѣликомъ воспроизвести въ сводѣ постановленія акта 5 апрѣля. Можно было, во-вторыхъ, формулировать на основаніи этого акта общее абстрактное опредѣленіе установляемаго имъ порядка престолонаслѣдія.

Въ такомъ случаѣ слѣдовало бы вовсе отбросить конкрентное описаніе того, кто наслѣдуетъ послѣ того или другого отдѣльнаго императора.

Составители Свода не избрали опредѣленно ни того, ни другого пути, а соединили вмѣстѣ общее опредѣленіе и подробное описаніе. При этомъ абстрактное опредѣленіе не нашло себѣ въ Сводѣ достаточно полнаго развитія, а описаніе лишилось должной опредѣленности, такъ какъ собственныя имена замѣнились въ Сводѣ совершенно неопредѣленными обозначеніями «Царствующій Императоръ» и просто «Императоръ».

Ст. 5 Осн. Зак. даетъ общее абстрактное опредѣленіе; ст. 6—13 конкректное истолкованіе этого опредѣленія. Начало ст. 6: «посему» прямо указываетъ, что далѣе слѣдуетъ только объясненіе уже вполнѣ опредѣленнаго въ ст. 5 порядка престолонаслѣдія.

Такъ, очевидно, понималъ соотношеніе этихъ статей и Сперанскій. Мы уже говорили, что для объясненія существующаго у насъ порядка престолонаслѣдія онъ считалъ вполнѣ достаточнымъ привесть одну только *пятую* статью [1]), вовсе даже не упоминая о слѣдующихъ 6—13 статьяхъ: онѣ представлялись ему—наряду со статьей 5—какъ бы излишними. И въ этомъ нѣтъ ничего страннаго: Сперанскій не вполнѣ былъ свободенъ при составленіи Свода и при составленіи Основныхъ Законовъ, конечно, еще менѣе свободенъ, чѣмъ при составленіи какой бы ни было другой части Свода.

Въ ст. 5 говорится: «Оба пола имѣютъ право къ наслѣдію престола; но преимущественно принадлежитъ сіе право полу мужскому по порядку первородства; за пресѣченіемъ же послѣдняго мужскаго поколѣнія, наслѣдіе престола поступаетъ къ поколѣнію женскому по праву заступленія». Такого общаго опредѣленія въ Актѣ 5 апрѣля нѣтъ. Оно явилось впервые въ Сводѣ. Опредѣленіе это формулировано довольно удачно и если бы къ нему присоединить опредѣленія «порядка первородства» и «право заступленія», порядокъ престолонаслѣдія былъ бы опредѣленъ съ совершенной полнотой и точностью.

---

[1]) И *третью*, но та опредѣляетъ не *порядокъ* престолонаслѣдія, а кругъ лицъ, имѣющихъ право на престолонаслѣдіе.

Но въ Основныхъ Законахъ не дано этихъ опредѣленій, а въ примѣчаніи къ ст. 696 ч. 1 т. X изд. 1832 г. право заступленія истолковано какъ право представленія [1]). Подобное отождествленіе права заступленія съ правомъ представленія основано, однако, на очевидномъ недоразумѣніи. Принявъ его, составители Свода оказались въ прямомъ противорѣчіи и съ самими собой, и съ Учрежденіемъ объ Императорской фамиліи, и съ актомъ 5 апрѣля.

Изъ приведеннаго выше текста ст. 5 Осн. Зак. ясно, что право заступленія выставляется въ ней какъ отличительная особенность порядка престолонаслѣдія въ женскихъ поколѣніяхъ. Право же представленія, т. е. наслѣдованія по линіямъ (Linealordnung) примѣняется внѣ всякаго сомнѣнія и къ мужскимъ поколѣніямъ.

Въ подлинномъ текстѣ Учр. Импер. фам. въ объясненіе «внутреннихъ между фамиліи Императорской распорядковъ» говорится, между прочимъ: «Константинъ, яко младшій нашъ сынъ, не имѣя *права къ заступленію* престола». Очевидно, заступленіе здѣсь никакъ не можетъ быть истолковано, какъ представленіе. Тутъ, напротивъ, совершенно отчетливо выражается различіе между заступленіемъ и представленіемъ. Представляютъ не престолъ, а линію или лицо своего родоначальника; заступаютъ же, какъ здѣсь это прямо указано, именно престолъ.

Въ завѣщаніи Павла I, составленномъ имъ еще въ бытность наслѣдникомъ, точно такъ же прямо противополагается заступленіе и представленіе. Завѣщая различныя вещи старшему своему сыну Александру, Павелъ однѣ изъ нихъ завѣщаетъ лично ему и его потомству по праву престолонаслѣдія, и тогда говоритъ: «оставляю старшему моему сыну и по немъ въ родъ» [2]); другія же оставлялъ ему какъ наслѣднику престола съ тѣмъ, чтобы онѣ всегда переходили къ царствующему лицу, и тогда говоритъ: «отдаю старшему моему сыну въ первородство съ заступленіемъ» [3]).

Наконецъ, и въ самомъ Актѣ 5 апрѣля дано прямое объясненіе права заступленія, изъ котораго явствуетъ съ очевидностью, что право заступленія и право представленія совершенно различныя вещи. Въ женскомъ поколѣніи, говорится тамъ, «наслѣдуетъ ближняя родственница послѣднецарствовавшаго, а въ недостаткѣ оной то лицо мужское или женское,

---

[1]) Примѣчаніе это сохранилось и въ дѣйствующемъ изданіи X. т., ч. 1, въ статьѣ 1123. Основанное на немъ пониманіе права заступленія принято всѣми, какъ безспорное. Вслѣдъ за другими и я самъ, въ своемъ Русскомъ государственномъ правѣ, держался такого пониманія.

[2]) Вѣстникъ Европы. 1867. Мартъ. М. И. Семевскій, Матеріалы по русской исторіи. Стр. 315. Завѣщаніе, п. 42.

[3]) Тамъ же, стр. 312. Завѣщаніе, п. 10: «аметстовый отъ жены моей шедшій приборъ, на память ея ко мнѣ любви».

которое заступаетъ ея мѣсто: что и есть заступленіе». Очевидно, «заступленіе» тутъ не можетъ означать «представленіе». При относительности понятія «ближней родственницы», лицо женское, представляющее какую-либо линію, всегда само и окажется ближайшей родственницей. Если дочь умерла, то внучка будетъ сама ближайшей родственницей. Всѣ женскія лица, представляющія ближнюю родственницу, въ недостаткѣ ея сами оказались бы ближними родственницами. Только при пресѣченіи всей линіи можетъ явиться недостатокъ ближней родственницы, и тогда престолонаслѣдіе переходитъ въ боковыя линіи, заступающія тогда мѣсто ближней родственницы и ея поколѣнія на престолѣ.

Такимъ образомъ, заступленіе, очевидно, означаетъ въ Актѣ 5 апрѣля не представленіе, а нѣчто существенно отъ него отличное.

Заступленіе есть особый порядокъ призыва къ наслѣдію престола женскихъ линій, начиная съ ближайшихъ къ послѣдне-царствовавшему представителю мужскаго поколѣнія каждаго даннаго рода. А такъ какъ послѣдне-царствовавшимъ окажется всегда представитель младшей линіи, то чередованіе женскихъ линій въ наслѣдованіи престола окажется при этомъ обратнымъ порядку первородства. Раньше будутъ призваны младшія женскія линіи, а послѣ нихъ старшія. Начало представленія опредѣляетъ соотношеніе отдѣльныхъ лицъ въ одной и той же линіи: самый отдаленный потомокъ прдставляетъ своего родоначальника. Начало заступленія опредѣляетъ соотношеніе различныхъ женскихъ линій, заступающихъ другъ друга по степени близости къ послѣдне-царствовавшему представителю мужской линіи.

Если понимать такъ право заступленія, то постановленіе ст. 5 Осн. Зак. окажется вполнѣ яснымъ и согласнымъ съ постановленіями Акта 5 апрѣля. Мужскія поколѣнія наслѣдуютъ престолъ, начиная со старшаго по порядку первородства; женскія же начиная съ ближайшаго къ послѣдне-царствовавшему представителю мужскаго поколѣнія, по праву заступленія. При отождествленіи же заступленія съ представленіемъ получается совершенная несообразность.

Описательное разъясненіе общаго опредѣленія ст. 5 въ ст. 6—13 Осн. Зак. нельзя назвать удачнымъ. Въ изданіи 1832 г. ст. 6 говорила о «царствующемъ Императорѣ»; всѣ другія—просто объ «Императорѣ». Ввиду отсутствія особаго указанія, какой это императоръ, и въ виду того, что въ ст. 6 говорится о принадлежности наслѣдія престола «прежде всѣхъ старшему сыну царствующаго Императора», а въ ст. 7, что «по пресѣченіи сего мужскаго поколѣнія наслѣдство переходитъ въ родъ втораго сына Императора» и т. д., можно бы было предположить, что составители Свода во всѣхъ этихъ статьяхъ подъ императоромъ разумѣли все того же царствующаго императора. Но такое пониманіе приводитъ къ совершенно несообразнымъ выводамъ. Тогда совершенно устранен-

ными отъ права наслѣдія престола окажутся всѣ боковыя линіи, даже ближайшія мужскія. Право престолонаслѣдія окажется ограниченнымъ только нисходящимъ потомствомъ каждаго царствующаго императора, чего вовсе не установляетъ Актъ 5 апрѣля. Нельзя объяснить такое изложеніе ст. 6—13 и малою численностью въ то время императорской фамиліи. Понимая подъ императоромъ во всѣхъ этихъ статьяхъ царствующаго императора, пришлось бы признать неимѣвшимъ вовсе права на престолъ и великаго князя Михаила Павловича, чего, конечно, никто и тогда не думалъ. Въ манифестѣ 22 августа 1826 года (П. С. З. № 537) прямо было признано за нимъ ближайшее право на престолъ на случай отсутствія сыновей у Николая I.

Чтобы согласовать данное въ первомъ изданіи Свода изложеніе порядка престолонаслѣдія съ постановленіями Акта 5 апрѣля, надо понимать въ ст. 7, 8, 9, 10, 11 выраженіе «сыновья Императора» не въ смыслѣ сыновей какого-либо опредѣленнаго императора, а вообще какого бы то ни было императора, такъ какъ въ ст. 85, 86 Учр. Имп. Фам., изд. 1832 г. объясняется выраженіе «сыновья государевы», т. е. всѣ, кромѣ первородныхъ, происходящіе по мужской линіи отъ какого-либо императора [1]). Только при такомъ пониманіи постановленія ст. 6—13 окажутся объемлющими и наслѣдованіе въ мужскихъ боковыхъ линіяхъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ постановленія эти окажутся и весьма неопредѣленными. Такъ, въ нихъ вовсе не указывается, кого именно при такомъ пониманіи надо считать вторымъ, третьимъ и т. д. «сыномъ Императора»?

При составленіи втораго изданія Свода 1842 г. было повидимому обращено вниманіе на неясность первоначальнаго текста ст. 6—13 Осн. Зак. Редакція ихъ была нѣсколько измѣнена, а именно въ ст. 9, 10 и 11 къ слову «Императоръ» присоединено опредѣленіе «родоначальникъ». Въ такомъ видѣ статьи эти сохраняются безъ измѣненія и въ дѣйствующемъ изданіи 1892 года.

Въ установившейся такимъ образомъ редакціи различается теперь «царствующій Императоръ» (въ ст. 6), просто «Императоръ» (въ ст. 7 и 8) и «Императоръ родоначальникъ» (въ ст. 9, 10, 11). Выиграла ли отъ этого ясность изложенія? Нетрудно убѣдиться, что, напротивъ, оно стало еще болѣе запутаннымъ.

Въ первомъ изданіи Свода возбуждало сомнѣніе лишь то, кого надо понимать подъ «Императоромъ» въ отличіе отъ «царствующаго Императора». Теперь явилось новое также нигдѣ неопредѣленное выраженіе «Императоръ-родоначальникъ».

Кого надо разумѣть подъ «Императоромъ-родоначальникомъ?» На пер-

[1]) По нѣмецкой терминологіи всѣ агнаты.

вый взглядъ можетъ показаться, что это Павелъ I. Въ соотвѣтствующихъ мѣстахъ Акта 5 апрѣля, изъ которыхъ составились ст. 9—11, вмѣсто теперешняго «Императора-родоначальника» говорилось именно о Павлѣ I, и онъ дѣйствительно есть общій родоначальникъ всей царствующей династіи.

Но такое толкованіе приводитъ къ очевиднымъ несообразностямъ.

Если «Императоръ-родопачальникъ»—Павелъ I, то, окажется, что порядокъ престолонаслѣдія опредѣляется счетомъ родства отъ двухъ императоровъ: царствующаго, который постоянно мѣняется, и родоначальника, который всегда остается одинъ и тотъ же Павелъ I. Это неизбѣжно приводитъ къ тому, что съ восшествіемъ на престолъ каждаго новаго императора, все болѣе и болѣе отдаленнаго потомка Павла I, и самый порядокъ престолонаслѣдія будетъ измѣняться, такъ какъ будетъ устраняемо отъ престолонаслѣдія все большее и большее число женскихъ боковыхъ линій. Въ самомъ дѣлѣ, если подъ «императоромъ-родоначальникомъ» разумѣть Павла I, то по пресѣченіи потомства ближайшей родственницы послѣднецарствовавшаго представителя мужскихъ линій, престолъ долженъ перейти въ женское поколѣніе сыновей Павла I, Николая и Михаила, а потомъ въ поколѣніе его дочерей Екатерины, Маріи, Анны, болѣе-же близкія женскія поколѣнія сыновей Александра III и Александра II и ихъ дочерей останутся вовсе обойденными.

Всѣ эти недоумѣнія, вызываемыя принятымъ въ Сводѣ изложеніемъ установленнаго Актомъ 5 апрѣля порядка престолонаслѣдія, какъ я уже говорилъ, долгое время вовсе не обращали на себя вниманія нашихъ государствовѣдовъ.

Первымъ, кто обратилъ вниманіе на нѣкоторую неясность постановленій основныхъ законовъ о престонаслѣдіи, былъ г. Эйхельманъ [1]). Но онъ не считалъ возможнымъ разрѣшить возникающія изъ текста Свода недоумѣнія доктринарнымъ толкованіемъ; и потому, вмѣсто истолкованія подлежащихъ статей, предлагаетъ проектъ ихъ измѣненія и дополненія. Въ ст. 8 Осн. Зак. онъ находитъ необходимымъ къ слову «Императоръ» присоединить слово «родоначальникъ», и кромѣ того между 7 и 8 статьями включить новую статью, которая бы восполнила оставляемый ими пробѣлъ въ опредѣленіи порядка наслѣдованія престола боковыми мужскими линіями.

Вопросъ, возбужденный г. Эйхельманомъ, однако, остался почти вовсе безъ дальнѣйшаго разъясненія. Проф. Сокольскій [2]) считаетъ совершенно безспорнымъ, что императоръ-родоначальникъ Павелъ I, а на толкованіи

---

[1]) Das kaiserlich-russische Thronfolge und Hausgesetz въ Archiv für öffentliches Recht. hrsggbn von Laband und Störk. B. III. 1887, SS. 108—110.

[2]) Учебникъ русскаго государственнаго права. 1890, стр. 118.

статей 7 и 8 вовсе не останавливается. Проф. Алексѣевъ [1]) говоритъ, что «по пресѣченіи женскаго поколѣнія послѣдне-царствовавшей мужской линіи престолъ переходитъ къ женскому поколѣнію *самой первой мужской*», причемъ онъ, однако, не объясняетъ, какая же это «самая первая мужская линія?» Изложеніе порядка престолонаслѣдія въ курсѣ проф. Алексѣева вообще не отличается точностью. Такъ, у него говорится даже, будто «для практическаго рѣшенія вопроса, кто можетъ вступить на престолъ по праву первородства, должно держаться правила, что по этому праву всегда вступаетъ на престолъ ближайшій родственникъ послѣдняго Императора». Но это совершенно невѣрно. Братъ или младшій сынъ, безъ сомнѣнія, болѣе близкіе родственники, нежели внукъ отъ старшаго сына, а между тѣмъ по порядку первородства не только внукъ, но и правнукъ и праправнукъ и т. д. безъ всякаго ограниченія, если они происходятъ отъ первороднаго, исключаютъ и братьевъ, и младшихъ сыновей.

Неясность проф. Алексѣевъ усматриваетъ только въ 8 статьѣ, и не въ томъ, кого надо разумѣть въ ней подъ «Императоромъ», а въ томъ, будто бы въ концѣ статьи, вмѣсто словъ «отъ котораго право безпосредственно пришло», слѣдовало бы сказать «къ которому право пришло». Едва ли такая поправка дѣйствительно необходима. Законъ, очевидно, имѣетъ тутъ въ виду переходъ права не къ отдѣльному лицу, а къ цѣлому женскому поколѣнію и въ этомъ смыслѣ совершенно правильно говоритъ о лицѣ, *отъ котораго* это право пришло.

Самъ проф. Куплеваскій въ своемъ курсѣ [2]) утверждаетъ, что въ ст. 8 подъ «Императоромъ» надо разумѣть Павла I такъ-же, какъ въ ст. 9, 10, 11 его-же надо разумѣть подъ именемъ «Императора-родоначальника». Такое толкованіе предполагаетъ, что составители втораго изданія Свода одно и то же лицо—Павла I—обозначали различно: и просто «Императоромъ» и «Императоромъ-родоначальникомъ». Такое отождествленіе различныхъ выраженій, употребляемыхъ въ законѣ, едва ли согласно съ правилами юридическаго толкованія.

Да кромѣ того и оно приводитъ къ несообразнымъ выводамъ. Если принять предлагаемое проф. Куплеваскимъ толкованіе, что «Императоръ» въ ст. 8 означаетъ Павла I, то спрашивается, кого же понимать подъ «Императоромъ» въ ст. 7? Того-же Павла I? Но тогда окажется, будто бы по пресѣченіи всего мужскаго потомства старшаго сына царствующаго императора престолонаслѣдіе переходитъ не къ младшимъ сыновьямъ царствующаго, а прямо въ мужское поколѣніе слѣдующихъ за Николаемъ I сыновей Павла, а за неимѣніемъ таковыхъ даже прямо въ жен-

---

[1]) Русское государственное право. М. 1892, стр. 177. 178.

[2]) Русское государственное право. Т. I. Харьковъ. 1894, стр. 133, 134.

ское поколѣніе. Если же, вопреки всѣмъ правиламъ толкованія, предположить, что одно и то же выраженіе «Императоръ» въ двухъ рядомъ стоящихъ статьяхъ 7 и 8 употреблено въ различныхъ значеніяхъ и только въ 8 статьѣ означаетъ Павла I, а въ 7 статьѣ означаетъ царствующаго императора, то окажется, будто всѣ мужскія боковыя линіи устранены вовсе отъ наслѣдія престола. Кромѣ того, если признать, что «Императоръ-родоначальникъ» означаетъ Павла I, то, такъ какъ это означеніе явилось только въ изданіи 1842 г., пришлось бы допустить тогда, что въ 1842 г. порядокъ престолонаслѣдія былъ существенно измѣненъ.

Всѣ эти несообразные выводы будутъ устранены и мы получимъ дѣйствительно согласное съ подлиннымъ текстомъ Акта 5 апрѣля толкованіе ст. 6—13 Осн. Зак., только признавъ, какъ я это дѣлаю въ своемъ курсѣ, что «Императоръ-родоначальникъ» не непремѣнно Павелъ I, а всѣ императоры, отъ которыхъ имѣются боковыя линіи, т. е. послѣдовательно отецъ, дѣдъ, прадѣдъ и т. д. послѣдне-царствовавшаго представителя мужскаго поколѣнія.

Доводы, какіе могутъ быть выставлены за то, будто «Императоръ-родоначальникъ» означаетъ только Павла I, неубѣдительны. Если въ соотвѣтствующихъ ст. 9—11 Осн. Зак. мѣстахъ Акта 5 апрѣля говорится о Павлѣ I, то о немъ говорится тамъ и въ мѣстахъ, соотвѣтствующихъ ст. 6—8 Осн. Зак., и поэтому, послѣдовательно разсуждая, придется признать, что и «царствующій Императоръ» ст. 6—тоже Павелъ I. Съ другой стороны, *родомъ* наше законодательство называетъ вообще совокупность лицъ, связанныхъ единствомъ происхожденія отъ одного лица. Такъ опредѣляется родъ въ 1 ч. X т. Точно такъ-же и въ Осн. Зак. родомъ называется совокупность мужскихъ и женскихъ поколѣній, происходящихъ отъ одного лица. Поэтому, согласно терминологіи Свода царствующая династія представляетъ одновременно и одинъ родъ—родъ Павла I, и совокупность многихъ родовъ—родовъ его сыновей, внуковъ, правнуковъ, и, сообразно съ этимъ, не только самъ Павелъ I, но и всѣ его сыновья, внуки, правнуки, имѣющіе потомство, являются одинаково родоначальниками—каждый, конечно, своего рода.

По мнѣнію проф. Куплеваскаго, при такомъ толкованіи «получается *большой курьезъ*. Лицо, отъ котораго отсчитывается степень родства и опредѣляется лицо, наслѣдующее престолъ, есть императоръ-родоначальникъ, а императоръ-родоначальникъ опредѣляется тѣмъ, кто между послѣдне-царствующимъ императоромъ и лицомъ, призываемымъ на престолъ изъ боковой линіи (значитъ уже найденнымъ какимъ-то другимъ путемъ), является ихъ общимъ предкомъ. Это называется idem per idem».

Но кто хотя сколько-нибудь знакомъ съ пріемами счета родства въ

гражданскихъ законахъ, тотъ, конечно, не усмотритъ въ моемъ толкованіи «большого курьеза». Ст. 1118 1 ч. X т. постановляетъ, что «близость линій побочныхъ опредѣляется происхожденіемъ ихъ отъ общаго родоначальника. Ближайшія побочныя линіи суть тѣ, кои происходятъ отъ отца и матери; за ними слѣдуютъ тѣ, кои происходятъ отъ дѣда и бабки и такъ далѣе». Тутъ точно такъ-же предполагается, что̀ «уже другимъ путемъ извѣстно», кто общій родоначальникъ. И этотъ «другой путь», такъ смущающій проф. Куплеваскаго, есть ни что иное, какъ фактическія данныя о происхожденіи всѣхъ наличныхъ представителей рода. Безъ этихъ фактическихъ данныхъ, съ одними опредѣленіями закона, никакого родства опредѣлить невозможно. Если намъ не будутъ извѣстны кровныя связи наличныхъ представителей царствующей династіи, никакое толкованіе статей закона, даже и толкованіе, предлагаемое проф. Куплеваскимъ, не сдѣлаетъ возможнымъ выяснить порядокъ призыва ихъ къ наслѣдію престола. А если родословная таблица извѣстна, не хитро опредѣлить въ отношеніи ко всѣмъ членамъ династіи ихъ общихъ родоначальниковъ, и въ зависимости отъ того порядокъ близости боковыхъ линій.

Поэтому, не рискуя представить «большой курьезъ», я настаиваю на данномъ мною толкованіи.

Ни одна изъ статей 6—13 Осн. Зак. не имѣетъ въ виду какого-либо опредѣленнаго конкретнаго лица. И «царствующій Императоръ» ст. 6, и просто «Императоръ» ст. 7 и 8, и «Императоръ-родоначальникъ» ст. 9—11—все это мѣняющіяся лица.

Въ статьяхъ этихъ послѣдовательно опредѣляются три случая наслѣдованія престола. Ст. 6 говоритъ о преимущественномъ наслѣдованіи «дѣтей Государевыхъ» (ст. 84 Учр. Имп. фам.), т. е. первородныхъ. Статья 7—о наслѣдованіи всѣхъ вообще «Государевыхъ сыновей» (ст. 85 и 86 Учр. Имп. фам.), т. е. агнатовъ по нѣмецкой терминологіи. Статья 8—о наслѣдованіи женскаго поколѣнія послѣдне-царствовавшаго «сына Государева», или агната и, наконецъ, ст. 9—11 о наслѣдованіи женскихъ поколѣній, или когнатовъ, въ боковыхъ линіяхъ, мужскихъ и женскихъ.

Укорененіе иностранцевъ и прекращеніе подданства.

I.

Пересмотръ дѣйствующихъ у насъ законоположеній относительно установленія и прекращенія подданства составляетъ одинъ изъ ближайшихъ очередныхъ законодательныхъ вопросовъ. Въ Государственный Совѣтъ уже былъ внесенъ проектъ новыхъ правилъ о принятіи и оставленіи русскаго подданства. Окончательнаго обсужденія его, правда, не состоялось. Проектъ переданъ подлежащимъ вѣдомствамъ для пересмотра. Но это только временная отсрочка и, надо думать, не надолго.

Постановленія Свода законовъ объ условіяхъ подданства представляются по многимъ причинамъ неудовлетворительными и настоятельно требующими измѣненія. Они основаны почти всецѣло на законѣ 10 февраля 1864 года. Дѣйствовавшія до того времени постановленія по этому предмету представляли собою сводъ отдѣльныхъ, разновременныхъ, начиная съ петровскаго времени, узаконеній и являлись отраженіемъ господствовавшаго въ старину воззрѣнія на всякое увеличеніе количества населенія, какъ на безусловное благо.

Для полученія иностранцемъ русскаго подданства законъ не установлялъ никакихъ ограничительныхъ условій: не требовалось ни надлежащей матеріальной обезпеченности, ни опредѣленной продолжительности пребыванія въ Россіи, ни, наконецъ, судебной неопороченности. Вступленіе въ подданство совершалось принятіемъ присяги, въ которой иностранцы приводились властью губернскаго правленія. Распространеніе или нераспространеніе укорененія на дѣтей зависѣло вполнѣ отъ усмотрѣнія укореняемаго. Ко всему этому, укореняемые еще пользовались особыми преимуществами сравнительно съ коренными подданными. Имъ однимъ предоставлялось право свободнаго выхода изъ русскаго подданства и, кромѣ того, Уставъ о податяхъ предоставлялъ имъ свободу отъ платежа подушной въ теченіе двухъ лѣтъ.

Законъ 10 февраля 1864 года составляетъ первый шагъ къ нѣкоторому ограниченію свободы доступа въ русское подданство. Тогда впервые было установлено у насъ требованіе отъ укореняемыхъ иностранцевъ предварительнаго водворенія въ Россіи въ теченіи по крайней мѣрѣ пяти лѣтъ. Требуется также представленіе свидѣтельствъ объ образѣ жизни, хотя значеніе этого условія бляжайшемъ образомъ не опредѣляется. Укорененіе предоставлено власти не губернскаго правленія, а Министра внутреннихъ дѣлъ и притомъ въ законѣ прямо оговорена, — чего не было прежде,— дискреціонная въ этомъ отношеніи власть министра, могущаго отказать въ укорененіи, хотя бы были соблюдены просителемъ всѣ требуемыя закономъ условія. Вмѣстѣ съ тѣмъ укорененію приданъ обязательно личный характеръ, съ тѣмъ лишь изъятіемъ, что укорененіе распространяется само собой и на жену укореняемаго; дѣти же его, рожденныя до укорененія, могутъ быть приняты въ русское подданство только по собственному ихъ желанію по достиженіи ими совершеннолѣтія.

Нововведенія закона 1864 года являлись необходимымъ логическимъ слѣдствіемъ общаго характера реформъ того времени. Реформы эти имѣли освободительный характеръ, но именно поэтому онѣ должны были повлечь за собою ограниченіе прежней легкости доступа въ русское подданство. Строго сословный строй прежняго времени ими расшатывался. Освобожденіе крестьянъ, судебная и земская реформы привели къ понятію о правахъ, принадлежащихъ всякому русскому подданному, какъ таковому, независимо отъ его сословнаго положенія. Значеніе русскаго подданства поэтому возвысилось, сдѣлалось болѣе содержательнымъ, болѣе цѣннымъ. Естественно должно было возникнуть сомнѣніе въ возможности и дальше предоставлять его съ такою же легкостью, какъ прежде, всякому желающему.

Съ теченіемъ времени, съ постепеннымъ развитіемъ новыхъ условій нашей общественной жизни, оказалось, что мѣры, принятыя въ 1864 году, еще недостаточны, что онѣ не вполнѣ соотвѣтствуютъ новому взгляду на значеніе подданства. Въ этомъ отношеніи особенное значеніе имѣетъ введеніе общей воинской повинности, положившей въ основу опредѣленія обязанности защиты государства вмѣсто понятія сословія— понятіе подданства. Тѣмъ самымъ сдѣлалось необходимымъ при опредѣленіи условій подданства считаться и съ условіями отбыванія ставшей теперь общей для всѣхъ подданныхъ воинской повинности. Между тѣмъ, дѣйствующія у насъ постановленія объ условіяхъ подданства остаются и посейчасъ въ томъ же видѣ, какъ они были составлены за десять лѣтъ до введенія общей воинской повинности. Отсюда получаются довольно странныя несообразности.

Вездѣ, гдѣ существуетъ общая воинская повинность, забота объ обез-

печеніи дѣйствительно общаго ея выполненія составляетъ главное основаніе ограниченій признаваемой въ принципѣ свободы перемѣны подданства. Вездѣ стараются обставить перемѣну подданства такими условіями, чтобы переходъ изъ одного подданства въ другое не открывалъ возможности безнаказаннаго уклоненія отъ отбыванія воинской повинности. Наше законодательство, напротивъ, само ставитъ препятствія отбыванію вступающими въ русское подданство иностранцами воинской повинности. Законъ нашъ знаетъ довольно обширную категорію иностранцемъ, за которыми признается *право* на вступленіе, по ихъ желанію, въ русское подданство, такъ что принятіе и непринятіе ихъ не зависитъ отъ усмотрѣнія правительства. Губернское правленіе, въ случаѣ заявленнаго о томъ желанія, обязано приводить ихъ къ присягѣ на подданство. Таковы прижитые и воспитанные въ Россіи иностранцы, далѣе иностранцы, кончившіе курсы наукъ въ русскихъ высшихъ и среднихъ учебныхъ заведеніяхъ (ст. 1023, т. IX), дѣти иностранцевъ, принятыхъ въ русское подданство (ст. 1024), дѣти русской подданной, бывшей въ замужествѣ за иностранцемъ, но овдовѣвшей или разведенной съ мужемъ (ст. 1027). Всѣ эти лица могутъ воспользоваться своимъ правомъ на вступленіе въ русское подданство не раньше достиженія совершеннолѣтія — слѣдовательно, послѣ того, какъ уже минетъ для нихъ призывной возрастъ.

Такимъ образомъ, въ настоящее время дѣйствующія постановленія закона 1864 года представляются во многомъ уже устарѣлыми. Но и независимо отъ этихъ измѣнчивыхъ условій времени, законъ этотъ и при самомъ своемъ изданіи представлялся далеко не совершеннымъ. Нельзя не указать на два крупныхъ его недостатка: неполноту и неопредѣленность.

Законъ 1864 года и основанныя на немъ статьи IX тома имѣютъ въ виду лишь тѣ случаи установленія русскаго подданства, когда лицо, бывшее прежде иностранцемъ, дѣлается затѣмъ русскимъ подданнымъ. Между тѣмъ, прежде чѣмъ опредѣлять, какимъ образомъ иностранецъ можетъ стать русскимъ подданнымъ, очевидно, необходимо указать, кто иностранецъ и кто русскій по условіямъ самаго рожденія. Но въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ объ этомъ нѣтъ никакихъ общихъ опредѣленій. Какъ это ни странно, но даже вообще нигдѣ не указано, чтобы рожденіемъ можно было получить право русскаго подданства.

Конечно, въ случаѣ рожденія отъ русской подданной и притомъ въ Россіи, русское подданство рожденнаго подразумѣвается само собой, такъ какъ нѣтъ никакихъ основаній признать его подданнымъ какого-либо другого государства. Но не всегда дѣло бываетъ такъ просто. Могутъ быть случаи рожденія въ Россіи отъ иностранки и за-границей—отъ русской. Въ IX томѣ Свода законовъ предусмотрѣнъ только первый изъ этихъ двухъ случаевъ. Согласно ст. 1023, «дѣти иностранцевъ, прижитыя и

воспитанныя въ Россіи», не дѣлаются само собой русскими подданными, но «въ теченіе года со времени достиженія ими совершеннолѣтія» получаютъ «право быть допущенными губернскимъ правленіемъ къ принятію присяги на подданство Россіи». Относительно рожденія ребенка отъ русской въ иностранномъ государствѣ не имѣется никакихъ указаній. Правда, въ ст. 1098 IX тома сказано, что «обязанности консуловъ по выдачѣ свидѣтельствъ о рожденіи россійскихъ подданныхъ въ иностранныхъ державахъ означены въ Уставѣ консульскомъ», но тамъ имѣется въ виду только случай рожденія ребенка отъ русской подданной на русскомъ суднѣ, и то законъ (ст. 81) говоритъ только объ обязанности консула составить о томъ протоколъ и извѣстить министерство иностранныхъ дѣлъ. Также долженъ поступить консулъ, «если до его свѣдѣнія дойдетъ, что ребенокъ родился на иностранномъ кораблѣ». О случаяхъ рожденія отъ русской собственно на иностранной территоріи и въ Консульскомъ уставѣ нѣтъ ни слова.

Другой недостатокъ закона 1864 года—это неопредѣленность изложенія. Изъ сужденій комитета, его выработавшаго, видно, что считалось необходимымъ обусловить допустимость укорененія достиженіемъ укореняемымъ общаго гражданскаго совершеннолѣтія. Но въ самомъ текстѣ закона требованіе совершеннолѣтія выражено только для тѣхъ иностранцевъ, за которыми признается право на принятіе русскаго подданства, т. е. иностранцевъ, воспитанныхъ въ Россіи, дѣтей укорененныхъ и дѣтей русской подданной, бывшей замужемъ за иностранцемъ (ст. 1023, 1024, 1027). На требованіе совершеннолѣтія отъ иностранцевъ, укореняемыхъ на общемъ основаніи по усмотрѣнію министра внутреннихъ дѣлъ, нигдѣ не указано. Такимъ образомъ, буквальный смыслъ закона установляетъ ничѣмъ необъяснимое различіе. Укорененіе обусловлено совершеннолѣтіемъ именно для тѣхъ иностранцевъ, которыхъ самъ же законъ ставитъ вообще въ сравнительно льготное положеніе относительно вступленія въ русское подданство, и со стороны которыхъ имѣются всѣ основанія предполагать особое тяготѣніе къ Россіи, которые и такъ являются уже на половину русскими людьми. Напротивъ, иностранецъ, никакой особой связи съ Россіей не имѣющій, по буквальному смыслу статей IX тома можетъ быть укорененъ во всякомъ возрастѣ. Все это такъ несообразно, что на практикѣ, не смотря на отсутствіе прямого о томъ постановленія въ законѣ, установилось требованіе совершеннолѣтія отъ всѣхъ укореняемыхъ иностранцевъ безъ всякаго различія.

Итакъ, въ необходимости пересмотра дѣйствующихъ постановленій относительно условій подданства едва-ли кто можетъ сомнѣваться. Но высказываются сомнѣнія иного рода—относительно самаго порядка пересмотра.

Проектъ, внесенный въ государственный совѣтъ, выработанъ Высо-

чайше учрежденной при министерствѣ внутреннихъ дѣлъ коммисіей о мѣрахъ къ предупрежденію наплыва иностранцевъ въ западныя окраины. Такъ вотъ иные находятъ подобную коммисію вовсе неподходящимъ органомъ для составленія законопроекта объ условіяхъ подданства. Ея задача по существу своему чисто политическая, а не правовая. Въ силу особаго характера основной ея задачи, въ своихъ работахъ коммисія естественно не можетъ не выдвигать на первый планъ политическія соображенія, совершенно заслоняя ими начала права, въ особенности частнаго права. Между тѣмъ, подданствомъ лица опредѣляется все его юридическое положеніе, его правоспособность и дѣеспособность. Поэтому, иные находятъ болѣе умѣстнымъ связать пересмотръ дѣйствующихъ постановленій объ условіяхъ подданства съ работой составленія новаго гражданскаго уложенія. Тогда только вопросъ о подданствѣ получитъ надлежащее разрѣшеніе на основѣ общихъ началъ права, какъ частный вопросъ общаго ученія о лицахъ въ гражданскомъ правѣ.

Слѣдуетъ-ли присоединиться къ такому предложенію? Едва-ли: противъ передачи разработки вопроса о подданствѣ коммисіи гражданскаго уложенія представляются очень вѣскія возраженія. Прежде всего, окончанія работъ этой коммисіи нельзя ожидать въ скоромъ времени: слѣдовательно, передача ей пересмотра дѣйствующихъ постановленій объ условіяхъ подданства означала бы отсрочку разрѣшенія этого вопроса на долгое еще время. Но, независимо отъ такого практическаго соображенія, и съ принципіальной точки зрѣнія нельзя признать правильнымъ отнесеніе вопроса о подданствѣ къ гражданскому праву.

Прежде, дѣйствительно, такъ смотрѣли на дѣло. Старыя законодательства касались вопросовъ подданства почти исключительно съ точки зрѣнія гражданскаго права, какъ одного изъ условій гражданской право-и дѣеспособности. Поэтому и опредѣленіе условій подданства включалось въ гражданскіе кодексы. Значеніе подданства, какъ института государственнаго права, почти вовсе не обращало на себя вниманія [1]). Причинами тому служили, съ одной стороны, существованіе значительныхъ ограниченій гражданскихъ правъ иностранцевъ, съ другой—сословный строй общества. Публичныя права обусловливались тогда не подданствомъ, а сословнымъ положеніемъ. Такимъ образомъ, подданствомъ самимъ по себѣ опредѣлялись прежде не публичныя, а только гражданскія права. Но въ настоящее время все это совершенно измѣнилось. Какъ общее правило, всѣми законодательствами принято теперь равенство гражданскихъ правъ

---

[1]) См. мѣткія объ этомъ замѣчанія у Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts. 2 Aufl. B. I. 1889, стр. 167 и Störk, Les changements de nationalité et le droit des gens (въ Revue générale de droit international public. 1895, № 3, стр. 273).

иностранцевъ и подданныхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, пользованіе публичными правами въ рѣшительномъ большинствѣ современныхъ государствъ предоставляется всѣмъ подданнымъ безъ всякаго различія сословій. Да и у насъ, не смотря на сохраненіе старой сословной группировки населенія, замѣтно постепенное обезсословленіе публичныхъ правъ подданныхъ. Право быть присяжнымъ засѣдателемъ или мѣстнымъ избирателемъ принадлежитъ всѣмъ русскимъ подданнымъ безъ ограниченія какимъ-либо опредѣленнымъ сословіемъ. Сословная исключительность права государственной службы совершенно разрушена тѣмъ значеніемъ, какое придано въ этомъ отношеніи образованію.

Въ силу этихъ условій, центръ тяжести въ различіи подданныхъ и иностранцевъ въ настоящее время совершенно перемѣстился. Главное значеніе получило теперь различіе не гражданскихъ, а именно публичныхъ правъ. По общему правилу, иностранецъ пользуется нынѣ тѣми-же гражданскими правами, какъ и подданный, но зато вовсе не имѣетъ правъ публичныхъ.

Правда, въ самое послѣднее время въ нѣкоторыхъ государствахъ замѣчается вновь стремленіе къ нѣкоторому ограниченію гражданскихъ правъ иностранцевъ. Такъ, у насъ, въ Мексикѣ, въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки иностранецъ ограниченъ въ правѣ владѣнія недвижимостью. Въ Мексикѣ закономъ 28 мая 1886 года воспрещено иностранцамъ пріобрѣтать земли на разстояніи 20 миль отъ границы безъ особаго на то разрѣшенія министра публичныхъ работъ. Сѣверо-американскій союзный законъ 3 марта 1887 года вовсе не допускаетъ пріобрѣтенія земель иностранцами, а также обществами, съ капиталомъ болѣе чѣмъ на 20% принадлежащимъ иностранцамъ.

Но эти новѣйшія ограниченія гражданскихъ правъ иностранцевъ имѣютъ совершенно иной характеръ, нежели старыя. Тогда основою ограниченія гражданскихъ правъ иностранцевъ выставлялось подраздѣленіе самихъ гражданскихъ правъ на натуральныя и цивильныя, какъ это прямо выражено во французскомъ гражданскомъ кодексѣ. Предполагалось, что цивильныя права, предполагающія непремѣнную принадлежность къ государству, не могутъ быть предоставляемы иностранцамъ. Новѣйшія ограниченія иностраннаго землевладѣнія объясняются, напротивъ, соображеніями земельной политики и, слѣдовательно, сами имѣютъ чисто политическій характеръ.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ, никакъ нельзя признать въ настоящее время опредѣленіе условій подданства вопросомъ гражданскаго права. Подданство является однимъ изъ основныхъ институтовъ государственнаго, а не гражданскаго права; его значеніе—прежде всего политическое, и только попутно—частно-правовое. Подданство можетъ иногда вліять и на гражданскія права лица, но это не необходимая, а только случайная

его принадлежность. При отсутствіи всякихъ ограниченій гражданскихъ правъ иностранцевъ, какъ это имѣется во многихъ современныхъ государствахъ, и при опредѣленіи гражданскаго положенія лицъ (status) по законамъ мѣстожительства (lex domicilii), какъ это принято англійской и американской практикой, гражданія права окажутся совершенно независимыми отъ измѣненій подданства.

Существенное содержаніе права подданства, какъ его выяснили современная практика и наука, вовсе не заключается въ большемъ или меньшемъ объемѣ гражданской право- и дѣеспособности, а имѣетъ совершенно самостоятельный, публично-правовой характеръ. Институтъ подданства или принадлежности къ государству сводится къ двумъ основнымъ правамъ: 1) къ праву подданнаго находиться въ предѣлахъ государства и 2) къ праву государства оказывать ему защиту и въ предѣлахъ другихъ государствъ. Этимъ правамъ соотвѣтствуютъ обязанности: со стороны подданнаго — обязанность подданнической вѣрности; со стороны государства—обязанность при всякихъ условіяхъ терпѣть подданнаго на своей территоріи [1]). Эти права и обязанности непремѣнно предполагаются подданствомъ. Всѣ другія права, гражданскія и публичныя, не составляютъ необходимой принадлежности подданства. Гражданскія права въ полномъ объемѣ могутъ принадлежать и иностранцамъ. Изъ правъ публичныхъ не всѣ предоставляются и принятымъ въ подданство. Такъ, въ Бельгіи, получившій обыкновенную натурализацію дѣлается бельгійцемъ, но все-таки не имѣетъ права быть ни министромъ, ни членомъ палатъ, ни присяжнымъ засѣдателемъ. Въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки всѣ вообще натурализованные не могутъ быть избираемы въ президенты союза. Въ Японіи они не могутъ быть министрами, членами государственнаго совѣта, генералами и адмиралами, а членами палатъ только черезъ 10 лѣтъ. И у насъ, вопреки общераспространенному мнѣнію, законъ установляетъ нѣкоторыя ограниченія правъ «иностранцевъ, принявшихъ присягу на подданство». Они не могутъ быть учителями приходскихъ училищъ, если не родились въ Россіи и не принадлежатъ къ православному исповѣданію (т. IX, ст. 50 прил.), и, по общему правилу, не могутъ быть принимаемы на службу по ученой и учебной части иначе, какъ съ разрѣшенія Правительствующаго Сената (тамъ-же, ст. 48).

Основное значеніе подданства заключается въ установленіи *юридической* связи лица съ государствомъ. Нахожденіе иностранца на терри-

[1]) Martitz, Das Recht der Staatsangehörigkeit im internationalen Verkehr (Hirth's Annalen d. deutsch. Reichs. 1875, ст. 805): Wohnrecht und Aufnahmepflicht, Treupflicht und Schutzrecht — das sind heutzutage in der Auffassung der völkerrechtlichen Gemeinschaft die constitutiven Momente der Staatsangehörigkeit. Sie sind die Essentialien des Rechtsverhältnisses.

торіи государства всегда остается только фактомъ и никогда не составляетъ для него права. Государство не обязано терпѣть его въ своихъ предѣлахъ. Разъ пребываніе у себя иностранца оно находитъ почему-либо неудобнымъ, оно можетъ потребовать его удаленія. Напротивъ, собственныхъ подданныхъ нельзя изгонять изъ предѣловъ государства. Подданнаго государство обязано терпѣть, какъ бы это ни представлялось неудобнымъ. Съ другой стороны, пользованіе покровительствомъ законовъ государства и его властей для иностранца обусловлено фактическимъ нахожденіемъ въ предѣлахъ государственной территоріи. Съ выѣздомъ за-границу прекращаются сами собой всякія отношенія иностранца къ данному государству. Подданные же и за-границей подлежатъ защитѣ отечественныхъ консуловъ и дипломатическихъ агентовъ и въ извѣстныхъ отношеніяхъ подлежатъ дѣйствію отечественныхъ законовъ.

Признать человѣка своимъ подданнымъ значитъ признать за нимъ право на нахожденіе въ предѣлахъ государства и право на защиту его государствомъ въ отношеніи къ другимъ державамъ. Этимъ, конечно, слѣдуетъ руководствоваться и при опредѣленіи условій принятія въ подданство. Къ принятію въ подданство должны быть допускаемы лишь такія лица, обязательная принадлежность которыхъ къ населенію государства не представляетъ неудобствъ. Въ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ правахъ государство можетъ отказать и собственнымъ подданнымъ, такъ какъ оно властно обставлять ихъ правоспособность всякими условіями по своему усмотрѣнію, но терпѣть у себя своихъ подданныхъ и принимать ихъ къ себѣ въ случаѣ высылки ихъ другими государствами оно обязано безусловно въ силу основныхъ требованій международнаго общенія. Принимая кого-либо въ подданные, государство тѣмъ самымъ безповоротно рѣшаетъ вопросъ о признаніи за нимъ права находиться въ государствѣ и пользоваться его защитой. Между тѣмъ удобство или неудобство обязательнаго включенія кого-либо въ составъ населенія даннаго государства опредѣляется, конечно, не началами гражданскаго права, а политическими соображеніями.

Такимъ образомъ требовать, чтобы пересмотръ дѣйствующихъ постановленій относительно условій подданства былъ непремѣнно предоставленъ коммисіи гражданскаго уложенія, нѣтъ основаній. Къ тому же изъ внесеннаго въ Государственный Совѣтъ проекта нельзя усмотрѣть со стороны его составителей чрезмѣрнаго увлеченія односторонней задачей ограничить всѣми возможными средствами «наплывъ иностранцевъ». Правда, проектъ, въ отличіе отъ дѣйствующаго законодательства, не признаетъ за дѣтьми иностранцевъ, воспитанными въ Россіи, и за совершеннолѣтними дѣтьми иностранцевъ, принятыхъ въ русское подданство, *права* на вступленіе въ русское подданство, подчиняя принятіе ихъ въ подданные на общемъ основаніи дискреціонной власти министра

внутреннихъ дѣлъ; но за то, съ другой стороны, проектъ распространяетъ дѣйствіе укорененія и на всѣхъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей укореняемаго, рожденныхъ до укорененія. Между тѣмъ, по дѣйствующему закону, укорененіе на дѣтей, уже рожденныхъ, безусловно не распространяется. Еще и въ другомъ отношеніи проектъ значительно облегчаетъ условія укорененія. Дѣйствующій законъ вовсе не допускаетъ изъятій отъ требованія пятилѣтняго водворенія, начало котораго считается только съ полученія иностранцемъ свидѣтельства о водвореніи (ст. 1011, 1012). Въ проектѣ же иностранцамъ, родившимся въ Россіи или прожившимъ въ ней не менѣе 10 лѣтъ, предоставляется доказывать свое водвореніе и иными документами (ст. 6).

Единственное постановленіе проекта, въ которомъ можно видѣть выраженіе ограничительныхъ тенденцій, это—требованіе представленія укореняемымъ пріемнаго приговора сельскаго или городскаго общества. Иностранцы, не пользующіеся правами привилегированныхъ сословій (дворянства, почетнаго гражданства, купечества) и теперь *по укорененіи* обязаны приписаться къ сельскому и городскому обществу, и на практикѣ существуютъ большія сомнѣнія, могутъ-ли укорененные приписываться безъ пріемныхъ приговоровъ. Въ проектѣ предположено предварительное согласіе общества на приписку сдѣлать обязательнымъ условіемъ укорененія. Я еще остановлюсь на этомъ вопросѣ. Пока замѣчу только, что во всякомъ случаѣ въ этомъ предположеніи нельзя видѣть исключительнаго выраженія узко-ограничительныхъ тенденцій. Предположеніе это имѣетъ за собой болѣе общее и глубокое основаніе въ измѣненіи прежняго взгляда на всякое увеличеніе населенія страны, какъ на безусловное благо, въ приданіи больше значенія *качеству*, а не одному количеству населенія.

Съ гораздо большимъ основаніемъ можно сдѣлать составителямъ проекта другой упрекъ—упрекъ въ чрезмѣрномъ и нецѣлесообразномъ съуженіи своей задачи.

Проектъ опредѣляетъ только порядокъ вступленія въ подданство иностранцевъ и вовсе не касается условій установленія подданства рожденіемъ и узаконеніемъ. Коммисія считала эти вопросы чуждыми указанной ей прямой задачѣ. Едва ли можно съ этимъ согласиться. Не только опредѣленіе порядка укорененія иностранцевъ, но и непосредственныя мѣры ограниченія наплыва иностранцевъ въ окраины необходимо предполагаютъ возможность точнаго опредѣленія въ каждомъ данномъ случаѣ, кто иностранецъ, и кто подданный. А при отсутствіи въ законодательствѣ опредѣленія условій установленія подданства рожденіемъ это представляется невыполнимымъ. Въ частности, въ опредѣленіи условій установленія подданства рожденіемъ есть вопросы, непосредственно соприкасающіеся съ вопросомъ о наплывѣ иностранцевъ. Когда прежнее

французское законодательство послѣдовательно проводило начало опредѣленія подданства дѣтей по національности ихъ родителей совершенно независимо отъ мѣста ихъ рожденія, это привело къ образованію многочисленнаго класса лицъ, нѣсколько поколѣній непрерывно живущихъ во Франціи, вполнѣ офранцузившихся, но сохранявшихъ номинально иностранное подданство ради освобожденія отъ воинской повинности. Такъ какъ и въ Россіи подданство по рожденію опредѣляется не мѣстомъ рожденія, а національностью родителей, то вполнѣ возможно и у насъ образованіе подобнаго класса фиктивныхъ иностранцевъ, отличающихся отъ подданныхъ только свободой отъ воинской повинности. Поэтому, разъ дѣло идетъ объ ограниченіи наплыва иностранцевъ, невозможно обойти вопроса о желательности введенія у насъ, подобно тому, какъ это сдѣлано закономъ 1889 года во Франціи, правила, что дѣти, родившіяся въ Россіи отъ иностранцевъ, также родившихся въ Россіи, признаются русскими подданными.

Вопросъ объ опредѣленіи подданства дѣтей по подданству родителей особенно осложнился съ установленіемъ у насъ, закономъ 12 марта 1891 года, права узаконенія дѣтей, прижитыхъ до брака ихъ родителей. Въ самомъ законѣ вопросъ о возможномъ вліяніи узаконенія на измѣненіе подданства узаконяемыхъ дѣтей вовсе не затронутъ, и потому разрѣшеніе его на практикѣ можетъ возбуждать не мало недоумѣній.

Такъ какъ въ законѣ 1891 года нѣтъ никакихъ оговорокъ относительно мѣста рожденія узаконяемыхъ и относительно до-брачной національности ихъ матери, то слѣдуетъ признать за русскими подданными право узаконять своихъ дѣтей, прижитыхъ до брака съ ихъ матерью, хотя бы внѣ Россіи и хотя бы отъ иностранной подданной. А если такъ, узаконеніе оказывается однимъ изъ способовъ сообщенія русскаго подданства иностранцамъ. Но, въ силу дѣйствующихъ у насъ правилъ относительно принятія въ русское подданство иностранцевъ, родители которыхъ уже состоятъ въ русскомъ подданствѣ, на практикѣ получатся неизбѣжно неразрѣшимыя затрудненія. Поступленіе такихъ лицъ въ русское подданство допускается только по достиженіи ими совершеннолѣтія, а узаконеніе не обусловлено никакимъ опредѣленнымъ возрастомъ узаконяемаго, и притомъ для узаконенія не требуется и согласія узаконяемаго. Какъ быть, если родители узаконятъ совершеннолѣтняго уже сына, а тотъ заявитъ о нежеланіи стать русскимъ подданнымъ?

Но кромѣ того является и еще болѣе затруднительный вопросъ: могутъ-ли, основываясь на законѣ 1891 года, иностранцы узаконять своихъ прижитыхъ въ Россіи и отъ русской подданной дѣтей и тѣмъ самымъ экспатріировать ихъ? Этотъ вопросъ уже возникалъ въ нашей судебной практикѣ по дѣлу нидерландскаго подданнаго Гюнтера, пожелавшаго узаконить свою дочь Маргариту, прижитую имъ съ своею женою,

состоявшей до брака въ русскомъ подданствѣ. Московскій окружный судъ и московская судебная палата отказали Гюнтеру въ удовлетвореніи по его прошенію. Но Сенатъ нашелъ такой отказъ неправильнымъ, признавая и за иностранцами, наравнѣ съ русскими подданными, право узаконять своихъ до брака прижитыхъ дѣтей. Воззрѣніе Сената нашло себѣ поддержку и въ литературѣ. Еще до того, какъ состоялось сенатское рѣшеніе, въ такомъ же смыслѣ высказалась по этому вопросу «Юридическая Лѣтопись» (1892 г., іюнь) и затѣмъ уже по поводу сенатскаго рѣшенія—«Журналъ Петербургскаго Юридическаго Общества» (1895 г., іюнь).

Московскій окружный судъ основывалъ свой отказъ на томъ: 1) что узаконеніе измѣняетъ не только гражданскія права, но и общественныя и въ данномъ случаѣ влечетъ за собой даже перемѣну подданства, и 2) что законъ 1891 года относится только къ русскимъ подданнымъ и не можетъ примѣняться къ иностранцамъ. Судебная палата, кромѣ того, указывала на возможность противорѣчія между русскими и иностранными законами объ узаконеніи, въ силу чего узаконеніе, совершенное на основаніи русскихъ законовъ, можетъ оказаться неимѣющимъ значенія въ томъ государствѣ, подданнымъ котораго узаконяемый дѣлается вслѣдствіе узаконенія; что, по смыслу 1030 ст. IX тома, иностранцы пользуются въ Россіи всѣми правами коренныхъ подданныхъ только по вступленіи въ русское подданство и что въ законѣ 1891 года не упоминается о распространеніи права узаконенія и на живущихъ въ Россіи иностранцевъ, что имѣетъ особенное значеніе, такъ какъ въ отношеніи къ усыновленію такая оговорка въ законѣ содержится.

Сенатъ (рѣшеніе № 62, 1894 года) всѣмъ этимъ доводамъ противопоставилъ ссылку на 995 ст. IX тома, постановляющую, что «иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично такъ и по имуществу ихъ, подлежатъ дѣйствію россійскихъ законовъ». Основываясь на этомъ постановленіи, Сенатъ призналъ, что «законъ 12 марта 1891 года относится также и до иностранцевъ».

Не трудно, однако, убѣдиться, что взглядъ, принятый Сенатомъ, при послѣдовательномъ его проведеніи, приводитъ къ очевиднымъ неудобствамъ. Ст. 995 IX тома условіемъ распространенія дѣйствія русскихъ законовъ на иностранцевъ выставляетъ единственно простое «нахожденіе» ихъ въ Россіи. Законъ 12 марта 1891 года, какъ мы уже говорили, предоставляетъ русскимъ подданнымъ право узаконенія всѣхъ ихъ дѣтей гдѣ бы и отъ какихъ бы подданныхъ ни родились они и гдѣ бы ни былъ заключенъ бракъ съ ихъ матерью. Слѣдовательно, обосновывая, какъ это дѣлаетъ Сенатъ, примѣнимость закона 12 марта 1891 года къ иностранцамъ статьею 995 IX тома, придется признать, что всякій въ данный моментъ «находящійся въ Россіи» иностранецъ можетъ, при

содѣйствіи русскаго суда и на основаніи русскаго законодательства, узаконять всѣхъ своихъ дѣтей, въ какомъ бы государствѣ и отъ какой бы подданной они ни были прижиты и въ какомъ бы государствѣ ни былъ заключенъ бракъ съ ихъ матерью. Достаточно, чтобы въ моментъ обращенія къ русскому суду родители-иностранцы находились въ Россіи.

Возможно ли признать что-либо подобное? Можно ли предоставить всѣмъ иностранцамъ со всѣхъ концовъ свѣта, прижившихъ дѣтей въ чужихъ государствахъ отъ иностранокъ и тамъ же съ ними повѣнчавшихся, съѣзжаться въ Россію и узаконять своихъ дѣтей въ русскихъ судахъ, хотя бы законы ихъ собственнаго отечества и отечества ихъ дѣтей не допускали вовсе узаконенія per subsequens matrimonium? Можно ли серьезно говорить о правѣ и даже обязанности русскаго суда узаконять дѣтей лицъ, не имѣющихъ никакого отношенія къ Россіи, кромѣ случайнаго нахожденія на ея территоріи? Такое безпредѣльное расширеніе компетенціи русскихъ судовъ и дѣйствія русскихъ законовъ породило бы неразрѣшимую путаницу въ международномъ отношеніи.

Возможность международнаго общенія предполагаетъ признаніе семейнаго положенія лица по его національному закону независимо отъ временнаго нахожденія его въ томъ или другомъ иностранномъ государствѣ. Опредѣленіе семейнаго положенія лица всегда по законамъ мѣста его фактическаго нахожденія привело бы къ тому, что одно и то же лицо оказывалось бы то состоящимъ въ бракѣ, то нѣтъ, то законорожденнымъ, то прижитымъ внѣ брака, то узаконеннымъ, то нѣтъ. Это сводилось бы въ сущности къ полному безправію иностранцевъ въ ихъ семейныхъ отношеніяхъ. Въ дѣйствительности и теорія, и практика частнаго международнаго права признаетъ безспорнымъ началомъ, что семейное положеніе лица обсуждается вездѣ по одному и тому же закону. Существуютъ разногласія о томъ, каковъ долженъ быть этотъ законъ: національный ли, законъ ли постояннаго мѣстожительства или даже мѣста заключенія брака, но никто не допускаетъ примѣненія въ одному и тому же лицу въ этомъ отношеніи разныхъ законовъ въ зависимости отъ измѣненія его фактическаго нахожденія въ различныхъ государствахъ.

Къ тому же и ссылка Сената на 995 ст. IX тома едва ли основательна. Статья эта выражаетъ лишь общее начало, что иностранное подданство само по себѣ не составляетъ основанія къ изъятію изъ подчиненія русскимъ законамъ, и вовсе не указываетъ на предоставленіе иностранцамъ всѣхъ правъ русскихъ подданныхъ. Это особенно ясно видно изъ источниковъ ст. 995. Единственнымъ источникомъ первой ея части указанъ § 446 Таможеннаго устава 30 декабря 1819 года, но онъ говоритъ не о предоставленіи какихъ-либо правъ иностранцамъ, а лишь о томъ, что «невѣдѣніемъ закона никто россійскій подданный, ни иностранный оправдываться не можетъ».

Хроникеръ «Юридической Лѣтописи», высказавшійся за допустимость узаконенія иностранцами своихъ дѣтей по русскимъ законамъ, еще до того какъ состоялось Сенатское рѣшеніе, опирается на другіе доводы, нежели Сенатъ. Онъ находитъ, что въ дѣлѣ Гюнтера нельзя говорить о примѣненіи русскаго закона къ иностранцамъ. Дочь Гюнтера, рожденная до брака отъ русской подданной, до узаконенія сама есть русская подданная, и потому признаніе за ней, на основаніи закона 12 марта 1891 года, *правъ на узаконеніе* есть примѣненіе русскаго закона къ русской подданной.

Эта аргументація была бы неотразима, если бы только можно было говорить о *правѣ* прижитыхъ до брака дѣтей на узаконеніе. Но въ дѣйствительности такого права у дѣтей вовсе не существуетъ. Законъ 12 марта 1891 года установляетъ право родителей узаконять своихъ дѣтей, а не право дѣтей быть узаконяемыми. Дѣти не только не могутъ требовать узаконенія, но даже не требуется для узаконенія ихъ согласія.

Я остановился на этомъ вопросѣ съ цѣлью показать, какія недоумѣнія и затрудненія создаются на практикѣ вслѣдствіе отсутствія въ законѣ прямого указанія на то, распространяется ли право узаконенія на иностранцевъ и при какихъ именно условіяхъ, и насколько поэтому представляется желательнымъ восполненіе этого пробѣла.

II.

Проектъ, составленный коммисіей, касается только двухъ вопросовъ: *принятія* и *оставленія* русскаго подданства. Такъ озаглавила сама коммисія свой проектъ. Но терминологія эта не выдержана и въ самомъ проектѣ. Въ немъ, напротивъ, безразлично употребляются выраженія—*принятіе* подданства и *вступленіе* въ подданство, *оставленіе* или *утрата* подданства и *выходъ* изъ подданства. Уже эта пестрота выраженій указываетъ, что составители не нашли вполнѣ подходящихъ терминовъ. Въ самомъ дѣлѣ, вступленіе въ подданство слишкомъ общее выраженіе. Вступаютъ въ подданство и иностранка, выходящая замужъ за русскаго, и жители завоеванной области, а не только принимаемые въ подданство особымъ актомъ по усмотрѣнію правительства. «Принятіе подданства»—также не подходящее выраженіе, такъ какъ разъ принятіе въ подданство зависитъ отъ дискреціонной власти министра внутреннихъ дѣлъ, нельзя говорить о принятіи иностранцемъ подданства. Это выраженіе какъ бы указываетъ на зависимость перемѣны подданства единственно отъ его личнаго усмотрѣнія. Къ тому же всѣ эти выраженія многословныя, описательныя. Между тѣмъ существуетъ совершенно подходящее русское слово для обозначенія понятія, соотвѣтствующаго иностранному термину—натурализація: это слово—*укорененіе*. Именно въ этомъ смыслѣ

оно было употреблено въ Систематическомъ Сводѣ существующихъ законовъ 1815 года, т. I, Основанія гражданскаго права, § 3, стр. V, и затѣмъ имъ же пользовались для обозначенія натурализаціи составители Полнаго Собранія Законовъ. Я полагалъ бы болѣе удобнымъ вмѣсто пространныхъ описательныхъ выраженій принять этотъ терминъ *укорененіе* и въ имѣющемъ быть изданнымъ законѣ.

Такъ какъ, съ другой стороны, выходъ изъ русскаго подданства, согласно постановленіямъ самаго проекта, не предполагается обусловить единственно свободнымъ усмотрѣніемъ самого выходящаго изъ подданства, а допускается только какъ необходимое послѣдствіе или правительственнаго увольненія, или десятилѣтняго пребыванія за-границей, то, казалось бы, точнѣе было говорить не объ *оставленіи*, а о *прекращеніи* подданства.

Первая часть проекта начинается съ провозглашенія принципа дискреціонной власти министра внутреннихъ дѣлъ, отъ усмотрѣнія котораго всецѣло зависитъ разрѣшеніе ходатайствъ иностранцевъ о принятіи ихъ въ русское подданство. Дѣйствующее законодательство также признаетъ за министромъ въ этихъ дѣлахъ дискреціонную власть, но не выдвигаетъ ее такъ на первый планъ и кромѣ того знаетъ нѣсколько категорій иностранцевъ, имѣющихъ право по своему желанію поступать въ русское подданство. Таковы иностранцы, рожденные и воспитанные въ Россіи; иностранцы, окончившіе курсъ наукъ въ русскихъ среднихъ и высшихъ учебныхъ заведеніяхъ (ст. 1023), дѣти иностранцевъ, принятыя въ русское подданство (ст. 1024) и дѣти русской подданной, бывшей замужемъ за иностранцемъ, но овдовѣвшей или разведенной (ст. 1027). Коммисія въ своихъ соображеніяхъ относитъ сюда и иностранцевъ, состоящихъ на русской государственной службѣ. Однако въ ст. 1025 IX тома прямо сказано, что иностранцы этой категоріи допускаются къ присягѣ на подданство только «*по усмотрѣнію ихъ начальства*» [1]). Слѣдовательно эти иностранцы не имѣютъ *права* на вступленіе въ русское подданство. Укорененіе ихъ также зависитъ отъ дискреціонной власти—только не министра внутреннихъ дѣлъ, а ихъ служебнаго начальства.

Въ проектѣ предположено, сохранивъ существующій порядокъ укорененія иностранцевъ, состоящихъ на службѣ, подчинить укорененіе всѣхъ иностранцевъ, имѣющихъ теперь право на вступленіе въ русское подданство, дискреціонной власти министра внутреннихъ дѣлъ. Коммисія считаетъ эту мѣру необходимой для возможности огражденія Россіи отъ чрезмѣрнаго наплыва иностранцевъ. Но едва ли правильно видѣть въ укорененіи иностранцевъ и безъ того живущихъ въ Россіи, особенно иностранцевъ, связанныхъ съ Россіей условіями своего воспитанія или на-

[1]) И въ проектѣ, ст. 14, повторяются эти же самыя слова.

ціональностью своей матери, какой-то наплывъ иностранцевъ. Вѣдь съ облегченіемъ условій укорененія такихъ иностранцевъ, число иностранцевъ въ составѣ населенія не увеличится, а уменьшится. Къ тому же дѣйствительные интересы государствъ требуютъ прежде всего устраненія по возможности всякаго несоотвѣтствія между дѣйствительными бытовыми условіями жизни человѣка и тѣмъ, въ какомъ подданствѣ онъ считается по закону. Нѣтъ ничего ненормальнѣе и вреднѣе, какъ образованіе въ государствѣ особаго класса лицъ, на дѣлѣ вполнѣ слившихся съ туземнымъ населеніемъ, но формально сохраняющихъ иностранное подданство. Свобода отъ воинской повинности и возможность пользоваться, сверхъ покровительства органовъ туземной власти, покровительствомъ иностранныхъ консуловъ и миссій, придаетъ этимъ лицамъ ничѣмъ неоправдываемое привилегированное положеніе. Поэтому, если постановленія ст. 1023, 1024, 1027 IX тома нуждаются въ измѣненіи, то во всякомъ случаѣ не въ томъ направленіи, какъ это дѣлаетъ проектъ. Умѣстнѣе было бы постановить, что лица этихъ категорій дѣлаются само собой русскими подданными, если къ опредѣленному сроку, который долженъ наступать раньше призывнаго возраста, не заявятъ подлежащей власти объ избраніи ими иностраннаго подданства. Такая мѣра вела бы гораздо вѣрнѣе къ уменьшенію числа иностранцевъ, нежели предположенное въ проектѣ затрудненіе порядка ихъ укорененія.

Впрочемъ и составители проекта не могли вовсе отринуть значенія фактической связи этихъ иностранцевъ съ Россіей и, не признавая за ними права на вступленіе въ русское подданство, предполагаютъ все-таки освободить ихъ отъ условія предварительнаго водворенія (ст. 8).

Условія укорененія проектъ раздѣляетъ на отрицательныя и положительныя. Сначала въ ст. 3 указывается, — кто не можетъ быть укореняемъ, а именно: 1) лица, которыя по законамъ своего отечества и узаконеніямъ, дѣйствующимъ въ Россіи, не пользуются законною правоспособностью; 2) лица, не представляющія достаточныхъ ручательствъ своей благонадежности и не имѣющія опредѣленныхъ занятій и средствъ къ жизни; 3) евреи и дервиши. Затѣмъ перечисляются положительныя условія: 1) пятилѣтнее водвореніе (ст. 4); 2) заявленіе объ отказѣ навсегда отъ подданническихъ отношеній къ прежнему отечеству; 3) пріемный приговоръ сельскаго или городскаго общества (ст. 10).

Въ этомъ перечнѣ нѣтъ установляемаго дѣйствующимъ закономъ (ст. 1014) запрета укоренять замужнихъ женщинъ отдѣльно отъ мужей. Составители проекта не думали отмѣнять этого правила, но полагали, что оно само собой вытекаетъ изъ недопустимости укорененія неправоспособныхъ. Однако, по русскому праву, замужнія женщины вовсе не признаются неправоспособными, и потому запрещеніе укоренять ихъ отдѣльно отъ мужей должно быть прямо выражено въ законѣ.

Такъ какъ объ отрицательныхъ условіяхъ говорится ранѣе, чѣмъ о выдачѣ свидѣтельствъ о водвореніи, то естественно является предположеніе, что условія эти относятся не только къ самому укорененію, но также и къ выдачѣ свидѣтельствъ о водвореніи. Такъ и было это понято бывшимъ варшавскимъ генералъ-губернаторомъ генералъ-адъютантомъ Гурко, предлагавшимъ въ устраненіе недоразумѣній прямо оговорить, что водворительныя условія не выдаются лицамъ, означеннымъ въ ст. 3. Но министерство внутреннихъ дѣлъ съ своей стороны объяснило, что выдача водворительнаго свидѣтельства, какъ по дѣйствующему законодательству, такъ и по проекту, имѣетъ значеніе простого удостовѣренія факта начавшагося водворенія, и потому нѣтъ основанія представлять мѣстной администраціи право входить въ оцѣнку самаго права иностранцевъ на водвореніе и отказывать въ выдачѣ свидѣтельствъ. Если такъ, то систематически было бы правильнѣе помѣстить опредѣленіе отрицательныхъ условій послѣ указанія всѣхъ положительныхъ: тогда бы было ясно, что отрицательныя относятся только къ самому укорененію, а не къ водворенію; что еврею или несовершеннолѣтнему можетъ быть выдано водворительное свидѣтельство въ томъ, конечно, разсчетѣ, что къ истеченію пятилѣтняго срока водворенія еврей можетъ принять христіанство, несовершеннолѣтній — достигнуть совершеннолѣтія.

Нельзя, однако, не замѣтить, что объясненія министерства внутреннихъ дѣлъ противорѣчатъ собственнымъ соображеніямъ коммисіи, составлявшей проектъ. Въ объясненіи къ ст. 18 проекта, установляющей для укорененныхъ призывной по воинской повинности возрастъ въ 26 лѣтъ, прямо говорится, что «иностранцы, вступающіе въ русское подданство на общихъ основаніяхъ, могутъ быть приняты въ него не раньше, какъ по достиженіи 26-тилѣтняго возраста». Но это заключеніе предполагаетъ, конечно, что и свидѣтельство о водвореніи можетъ быть испрашиваемо лишь совершеннолѣтними: иначе и только-что достигшій совершеннолѣтія можетъ быть укорененъ.

Такимъ образомъ по вопросу о примѣнимости отрицательныхъ условій къ выдачѣ водворительныхъ свидѣтельствъ проектъ возбуждаетъ недоумѣнія, которыя слѣдовало бы опредѣленно разрѣшить въ самомъ законѣ. И мнѣ думается, что цѣлесообразнѣе и послѣдовательнѣе было бы разрѣшить его въ отрицательномъ смыслѣ. Отъ только-что прибывающаго къ намъ иностранца едва ли можно требовать, чтобы онъ уже имѣлъ въ Россіи опредѣленныя занятія. Точно также въ виду того, что испрошеніе и выдача водворительнаго свидѣтельства сами по себѣ не установляютъ никакихъ правъ для иностранца, едва ли есть основаніе требовать для этого правоспособности.

Но если вопросъ будетъ рѣшенъ въ такомъ смыслѣ, необходимо ука-

зать въ законѣ, требуется ли для испрошенія водворительнаго свидѣтельства несовершеннолѣтнимъ согласіе родителей или опекуновъ.

Изъ отрицательныхъ условій, установляемыхъ проектомъ, дѣйствующимъ законодательствомъ установлено только запрещеніе укоренять евреевъ и дервишей. Два другихъ составляютъ нововведенія проекта, едва ли удачно формулированныя.

Прежде всего рѣшительно непонятно, для чего понадобилось, при дискреціонной власти министра, устанавлять второе условіе, по которому не допускаются «лица, не представляющія достаточныхъ ручательствъ своей благонадежности и не имѣющія опредѣленныхъ занятій и средствъ къ жизни». При дискреціонной власти министра, дѣйствительное практическое значеніе могутъ имѣть лишь тѣ отрицательныя условія, которыя, будучи вполнѣ опредѣлены, въ чемъ-либо ограничиваютъ эту власть. Но судьею «достаточности ручательствъ благонадежности» и наличности средствъ жизни при такой неопредѣленной формулировкѣ окажется тотъ же министръ, и на дѣлѣ это второе условіе сведется къ свободному его усмотрѣнію.

Къ тому же, разъ проектъ ставитъ условіемъ укорененія предварительное согласіе сельскаго или городскаго общества на пріемъ укореняемаго, едва ли нужно требовать еще сверхъ того особыхъ ручательствъ его матеріальной обезпеченности. Что же касается нравственной благонадежности, то лучше было бы обусловить недопустимость укорененія прежнею судимостью за преступленія опредѣленнаго характера, какъ это установлятъ напр. норвежскій законъ 21 апрѣля 1888 года [1])

Еще составители закона 10 февраля 1864 года предполагали, хотя и не осуществили этого на дѣлѣ, установить, какъ общее условіе укорененія,—совершеннолѣтіе. Основаніемъ такого условія выставлялось тогда то соображеніе, что къ совершенію столь важнаго акта, какъ принесеніе присяги, могутъ быть допущены только совершеннолѣтніе. При этомъ страннымъ образомъ было упущено изъ виду, что именно къ присягѣ на подданство у насъ допускаются издавна уже двѣнадцатилѣтніе.

Составители новаго проекта не ограничиваются требованіемъ совершеннолѣтія, а идутъ въ этомъ направленіи гораздо дальше. Первоначально предполагалось допускать къ укорененію только лицъ, имѣющихъ вообще «право располагать своею личностью». Въ окончательной редакціи проекта это условіе замѣнено условіемъ «законной правоспособности», такъ какъ «терминъ этотъ, принятый уже въ нашемъ законодательствѣ (Пол. нотар., ст. 83), примѣняется въ разъясненіяхъ Сената (рѣш.

[1]) Annuaire de législation étrangère. T. XVIII. 1888 г., стр. 756—762.

гражд. касс. деп. 1875 г. № 928) также и въ смыслѣ обозначенія способности лица къ осуществленію присвоенныхъ ему правъ».

Первоначальная редакція представляетъ просто переводъ, и притомъ едва ли удачный, выраженія германскаго закона объ укорененіи, требующаго «Dispositionsfähigkeit». Такъ какъ терминъ «распоряженіе личностью» совершенно чуждъ и языку нашего законодательства, и установившейся у насъ научной терминологіи, то условіе, такъ формулированное, конечно, представлялось бы весьма неопредѣленнымъ, неяснымъ и на практикѣ вызвало бы множество затрудненій. Но и окончательно принятая въ проектѣ редакція не можетъ быть признана удачной.

Ссылаясь на разъясненіе гражданскаго кассаціоннаго департамента, составители проекта говорятъ, что подъ «законною правоспособностью» понимается у насъ безразлично и правоспособность, и дѣеспособность. Но если прежде понятія эти дѣйствительно смѣшивались, и смѣшеніе это отразилось на языкѣ прежнихъ законодательныхъ постановленій, то въ современной русской юридической литературѣ эти понятія различаются весьма опредѣленно, и выраженіе дѣеспособность получило полное право гражданства. А при составленіи новыхъ узаконеній едва ли умѣстно игнорировать успѣхи развитія нашего юридическаго языка и удерживать во что бы то ни стало устарѣвшую терминологію прежняго законодательства, приводящую къ смѣшенію совершенно разнородныхъ понятій.

Къ тому же требованіе для укорененія собственно правоспособности никакого дѣйствительнаго значенія имѣть не можетъ. Съ уничтоженіемъ рабства, въ современныхъ культурныхъ государствахъ нѣтъ вовсе лицъ вообще неправоспособныхъ. Нѣкоторая правоспособность признается за каждымъ. Различіе существуетъ только въ объемѣ правоспособности, въ степени ея частныхъ ограниченій. При такихъ условіяхъ, какое же значеніе можетъ имѣть запрещеніе укоренять «неправоспособныхъ?» Безусловно неправоспособныхъ въ культурныхъ государствахъ теперь не существуетъ, а если бы и явился къ намъ откуда-нибудь рабъ, онъ съ самымъ появленіемъ на русской территоріи сталъ бы свободнымъ и, слѣдовательно, правоспособнымъ. Что же касается частныхъ ограниченій правоспособности, то едва ли мыслимо видѣть въ нихъ препятствіе къ укорененію, такъ какъ къ подданству они никакого отношенія не имѣютъ. И въ самомъ проектѣ имѣются прямыя указанія на возможность укорененія, и притомъ на облегченныхъ условіяхъ, лицъ съ ограниченной правоспособстью. По нашему законодательству, съ духовнымъ саномъ связаны нѣкоторыя ограниченія правоспособности. Духовныя лица не могутъ заниматься торговлей, хожденіемъ по чужимъ дѣламъ, не могутъ быть поручителями, не могутъ участвовать въ земскихъ и городскихъ выборахъ. Между тѣмъ ст. 14 проекта предусматриваетъ возможность укорененія иностранцевъ духовнаго званія.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на то, что въ собственныхъ соображеніяхъ коммисіи, составлявшей проектъ, говорится не о правоспособности, а только о дѣеспособности и прямо указывается, что понятіе дѣеспособности соединяетъ въ себѣ всю совокупность отрицательныхъ условій укорененія.

Такимъ образомъ, требованіе для укорененія собственно правоспособности должно быть вовсе устранено, и рѣчь можетъ идти только объ условіяхъ дѣеспособности. И иностранныя законодательства ограничиваются требованіемъ только дѣеспособности, а многія изъ нихъ даже однимъ только наиболѣе общимъ условіемъ дѣеспособности—совершеннолѣтіемъ. Есть и такія, что допускаютъ, какъ напр. германское законодательство, укорененіе и несовершеннолѣтнихъ, подъ условіемъ согласія на то ихъ родителей или опекуновъ.

Такое разнообразіе въ разрѣшеніи этого вопроса законодательствами различныхъ государствъ само собой наводитъ на вопросъ, есть ли основаніе установлять для укорененія общее условіе дѣеспособности?

Составители проекта, повидимому, вовсе не обратили на это вниманія. Условіе дѣеспособности, «въ обезпеченіе сознательности и самой правомѣрности» акта укорененія, выставляется ими, какъ нѣчто совершенно безспорное; лишь мимоходомъ и безъ всякихъ ближайшихъ разъясненій, приводится тотъ доводъ, что государство, очевидно, не можетъ допустить къ совершенію столь важнаго акта лицо, не пользующееся правомъ совершенія даже всѣхъ остальныхъ, менѣе важныхъ юридическихъ актовъ.

Категоричность этого заявленія тѣмъ болѣе удивительна, что проектъ, въ противоположность дѣйствующему праву, не признаетъ строго индивидуальнаго характера укорененія, а распространяетъ его дѣйствіе и на несовершеннолѣтнихъ дѣтей укореняемаго, находящихся при немъ. Тутъ очевидное противорѣчіе. Если дѣеспособность — необходимое условіе укорененія, то какимъ образомъ укорененіе отца можетъ распространяться и на его малолѣтнихъ дѣтей? Если въ данномъ случаѣ воля отца восполняетъ недостатокъ дѣеспособности дѣтей, то отчего не можетъ его восполнить для сиротъ согласіе опекуна?

Разъ укорененіе отца распространяется на его несовершеннолѣтнихъ дѣтей, послѣдовательность требуетъ не считать дѣеспособности безусловнымъ препятствіемъ къ укорененію, а слѣдуетъ допустить укорененіе и недѣеспособныхъ подъ условіемъ согласія ихъ родителей, опекуновъ, попечителей.

Но если ужь признавать необходимымъ условіемъ укорененія дѣеспособность, условіе это не можетъ быть такъ просто обосновано необходимостью обезпечить сознательность и правомѣрность этого акта. Хотя въ самомъ проектѣ это ничѣмъ не выражено, изъ соображеній

коммисіи видно, что, говоря о дѣеспособности, она имѣла въ виду только *общую гражданскую* дѣеспособность. Такъ, говоря о возрастномъ условіи дѣеспособности, коммисія предполагаетъ его въ 21 годъ. Но это срокъ только гражданскаго совершеннолѣтія. Укорененіемъ же пріобрѣтается публичное право, а въ публичномъ правѣ возрастныя условія дѣеспособности совсѣмъ другія: къ присягѣ на подданство допускаются въ 12, къ поступленію на государственную службу—въ 16 лѣтъ, т. е. гораздо раньше достиженія общаго гражданскаго совершеннолѣтія. Въ иностранныхъ законодательствахъ, допускающихъ свободный переходъ изъ одного исповѣданія въ другое, для этого теперь не требуется гражданскаго совершеннолѣтія; переходъ допускается гораздо раньше, а именно—въ 18, 16 и даже въ 14 лѣтъ.

Поэтому, разъ подъ дѣеспособностью проектъ разумѣетъ общую гражданскую дѣеспособность, никакъ нельзя въ обоснованіе требованія для укорененія *такой* дѣеспособности ссылаться на то, будто бы безъ нея невозможно совершеніе и *всѣхъ другихъ* даже менѣе важныхъ юридическихъ актовъ, если даже самая присяга на подданство можетъ быть приносима въ 12 лѣтъ.

И въ такомъ пониженіи условія возраста для болѣе важныхъ актовъ публичнаго права нѣтъ ничего несообразнаго. Сравнительно высокій возрастъ для способности совершать гражданскія сдѣлки установился, конечно, потому, что въ основѣ ихъ обыкновенно лежитъ противоположность и даже борьба отдѣльныхъ частныхъ интересовъ, не сдерживаемая контролирующимъ воздѣйствіемъ государственной власти, представительницы общихъ интересовъ. Акты публичнаго права, напротивъ, обыкновенно совершаются при участіи органовъ государственной власти, со стороны которыхъ нельзя опасаться употребленія во зло незрѣлости частнаго лица. Между гражданскими сдѣлками и публично-правовыми актами существенное различіе въ самыхъ условіяхъ ихъ совершенія, придающихъ въ томъ и другомъ случаѣ совершенно различное значеніе условію возраста. Поэтому изъ того, что недостигшій 21 года не можетъ выдать векселя, никакъ нельзя заключать, что онъ не можетъ и поступить на службу, или вступить въ подданство. Государство, принимающее его на службу или въ подданство, не можетъ оказаться эксплоататоромъ, подобно частному контрагенту.

Но если уже рѣшено установить для укорененія требованіе общей гражданской правоспособности, это должно быть прямо выражено въ самомъ законѣ. Иначе, вслѣдствіе существенныхъ различій въ условіяхъ гражданской и публичной дѣеспособности, при неопредѣленномъ требованіи дѣеспособности вообще, могутъ получиться серьезныя недоразумѣнія.

Впрочемъ и понятіе гражданской дѣеспособности не представляется достаточно опредѣленнымъ. И въ гражданскомъ правѣ существуютъ спе-

ціальныя ограниченія для отдѣльныхъ юридическихъ дѣйствій, и свести ихъ къ одному общему понятію невозможно [1]). Поэтому для приданія закону надлежащей точности и опредѣленности лучше прямо указать, какія именно ограниченія гражданской дѣеспособности признаются препятствіемъ къ укорененію.

Если для укорененія трéбуется дѣеспособность, само собой является дальнѣйшій вопросъ: какимъ закономъ должна она опредѣляться—закономъ ли прежняго отечества укореняемаго, или закономъ укореняющаго государства? И этотъ вопросъ неодинаково разрѣшается въ различныхъ законодательствахъ. Въ Германіи, Австріи, Греціи и Мексикѣ требуется дѣеспособность по закону прежняго отечества; въ Бельгіи, Швеціи, Соединенныхъ Штатахъ, Голландіи, Перу, Болгаріи — по закону государства укореняющаго; въ Португаліи и Японіи — по законамъ и того и другого государства. Во Франціи, Норвегіи, Венгріи, Турціи — не указано, по какому закону опредѣляется дѣеспособность, и потому, надо думать, должно руководствоваться закономъ укореняющаго государства. Впрочемъ во французской литературѣ это вопросъ спорный [2]).

Опредѣленіе дѣеспособности укореняемаго по отечественному его закону на практикѣ часто можетъ порождать серьезныя затрудненія. Это признаютъ и составители проекта. Они признаютъ «сопряженной съ немаловажными затрудненіями для подлежащихъ правительственныхъ учрежденій, — необходимость, при разсмотрѣніи ходатайствъ иностранцевъ о вступленіи въ русское подданство, руководствоваться законодательствами иностранныхъ государствъ». Они указываютъ на сомнѣнія, могущія возникнуть относительно укореняемыхъ, «лишенныхъ въ своемъ отечествѣ гражданскихъ правъ за преступленія политическаго свойства и не имѣющія притомъ преступнаго характера въ глазахъ нашего правительства».

Тѣмъ не менѣе это порождающее важныя затрудненія правило принято проектомъ, и въ обоснованіе его необходимости выставлено только лаконическое указаніе на возможность лишь этимъ путемъ «избѣжать коллизіи законодательствъ двухъ странъ и сопряженныхъ съ ней международныхъ затрудненій».

---

[1]) Bar, Theorie und Praxis, I, стр. 373. Es dürfte von vornherein klar sein, dass eine Zusammenfassung aller Rechtssätze, welche dahin sich ausdrücken lassen, dass eine Person zu einer Handlung für unfähig erklärt wird, nur zu einer allgemeinen Verwirrung führen kann. Diese Zusammenfassung ist in der That um nichts besser als die oft verspottete Unterscheidung des Bartolus, je nachdem der Wortlaut eines Statuts zunächst von Personen oder von Sachen sprach.

[2]) Cogordan, La nationalité, 2 éd. 1890, p. 132, и Despagnet, Droit international privé (1891, p. 204) высказываются за законъ прежняго отечества; Campistron, Commentaire pratique des lois sur la nationalité (1894, p. 38)— противъ.

Составители проекта исходили при этомъ изъ дѣйствительно весьма распространеннаго въ современной литературѣ взгляда, будто требованіе дѣеспособности по отечественному закону при укорененіи есть необходимое логическое послѣдствіе того общепризнаннаго правила, что дѣеспособность вообще опредѣляется по національному закону.

Но въ дѣйствительности это начало вовсе не общепризнанное и во всякомъ случаѣ примѣнимо только къ гражданскимъ правоотношеніямъ. Къ отношеніямъ публичнаго права это начало вовсе не примѣняется. Если на это обыкновенно не обращаютъ вниманія и не дѣлаютъ соотвѣтственныхъ оговорокъ, то это объясняется тѣмъ, что иностранцамъ вообще чрезвычайно рѣдко приходится осуществлять публичныя права. Но въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда это бываетъ, опредѣленіе дѣеспособности по закону мѣста осуществленія стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Такъ, мѣстнымъ, а не національнымъ закономъ опредѣляются возможность и условія перехода изъ одной религіи въ другую. Не можетъ быть сомнѣнія, что въ Россіи не будетъ допущенъ переходъ въ иновѣріе христіанина, хотя бы состоящаго подданнымъ государства, допускающаго подобные переходы. Точно также несомнѣнно, что при принятіи къ намъ на службу иностранца условіе возраста, какимъ ограниченъ доступъ на службу, всегда опредѣляется по русскому закону, а не по отечественному закону иностранца.

Опредѣленіе дѣеспособности для пріобрѣтенія права подданства, какъ права публичнаго, представляется поэтому не логически-послѣдовательнымъ примѣненіемъ общаго правила, а частнымъ изъ него исключеніемъ.

Да и въ гражданскомъ правѣ опредѣленіе дѣеспособности по національному закону далеко не пользуется общимъ признаніемъ. Англійская и въ особенности американская практика держатся опредѣленія дѣеспособности по lex loci contractus [1]).

На континентѣ Европы опредѣленіе по національному закону явилось сравнительно недавно, но и до сихъ поръ не вытѣснило еще стараго воззрѣнія, по которому дѣеспособность опредѣляетъ lex domicilii. Такъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ уже Baldus [2]), и воззрѣніе это раздѣлялось всѣми до XVIII столѣтія. Фроландъ первый усомнился въ этомъ и выставилъ положеніе, что по крайней мѣрѣ срокъ совершеннолѣтія опредѣляется неизмѣнно lege originis. Къ нему примкнули Булленса и

---

[1]) Bar, Theorie und Praxis, I, S. 397.

[2]) Forenses filii familias huic venientes non poterunt testari, sicut nec civis, qui dirigit se ad loca ruralia, potest testari secundum legem rusticorum. Quod ergo erit remedium si vult testari ibi? Respondeo, quod consentiente patre ibi constituat domicilium. Смотри изданіе Meili—Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internationale Privat—und Strafrecht. 1894, S. 48.

Бувье, но съ большими колебаніями [1]). Въ Германіи старое воззрѣніе сохранялось еще дольше. Савиньи стоитъ рѣшительно за опредѣленіе дѣеспособности по закону мѣстожительства и о примѣненіи въ этихъ случаяхъ національнаго закона говоритъ, какъ о новшествахъ, не могущихъ разсчитывать на успѣхъ [2]). Да и теперь среди германскихъ юристовъ имѣются очень авторитетные защитники стараго воззрѣнія. Когда въ 1882 году въ собраніи института международнаго права Баръ предложилъ и въ торговомъ правѣ опредѣлять дѣеспособность по національному закону, Гольдшмидтъ рѣшительно отстаивалъ lex domicilii.

И тѣ, которые отстаиваютъ опредѣленіе дѣеспособности по національному закону, большею частью ограничиваютъ это правило весьма существенными оговорками. Такъ, Паскале Фіоре считаетъ неприложимыми тѣ ограниченія дѣеспособности по національному закону, которыя противорѣчатъ принципамъ международнаго права, напр., запрещеніе выхода изъ подданства безъ разрѣшенія на то правительства [3]). Баръ оговаривается, что ограниченія дѣеспособности, которыя «мы» считаемъ противорѣчащими «нашимъ» нравственнымъ воззрѣніямъ, не должны служить препятствіемъ къ укорененію [4]), и притомъ противорѣчіе нравственнымъ понятіямъ онъ понимаетъ очень широко, какъ это видно изъ его сужденія по извѣстному дѣлу Бофремонтъ. Онъ утверждаетъ, что разъ германское законодательство не знаетъ института separatio a toro et mensa, ограниченія, установляемыя французскимъ закономъ, какъ послѣдствія такого разлученія, должны считаться противорѣчащими германскимъ нравственнымъ понятіямъ [5]). Даже Лоранъ, рьяный сторонникъ національнаго принципа, признаетъ, что ограниченія, связанныя по отечественному законодательству укореняемаго съ данными имъ монашескими обѣтами, не служатъ препятствіемъ къ его укорененію [6]). Развѣ одинъ только Вейсъ послѣдовательно, безъ всякихъ ограниченій, держится опредѣленія дѣеспособности по національному закону [7]).

Институтъ международнаго права въ оксфордской сессіи 1880 года высказался за опредѣленіе дѣеспособности по національному закону, но точно также съ оговоркой: en aucun cas les lois d'un état ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre état, si elles

---

[1]) Lainé, Introduction au droit international privé. T. II. 1892, pp. 199—216.

[2]) Savigny, System, VIII, S. 98—100.

[3]) Pasquale Fiore, Le droit international privé. T. I, 1890, p. 422.

[4]) Theorie und Praxis, I, p. 212.

[5]) Тамъ же, стр. 214. Для французскаго права вопросъ этотъ потерялъ теперь практическое значеніе, такъ какъ по закону 6 февраля 1893 года разлученная жена пользуется de pleine capacité civile.

[6]) Laurent, Principes du droit civil international, t. V, p. 181.

[7]) Weis, Traité théorique et pratique de droit international privé. T. I. 1892, p. 310—314.

y sont en opposition avec *le droit public* ou avec l'ordre public [1]). Слѣдовательно, тутъ прямо указана непримѣнимость принятаго правила къ отношеніямъ публичнаго права.

Нельзя также не обратить вниманія, что и тамъ, гдѣ требуется для укорененія дѣеспособность по отечественному закону, въ виду практическихъ неудобствъ приходится смягчать строгость этого требованія. Уже при обсужденіи германскаго закона объ укорененіи на запросъ депутата Аккермана министръ Дельбрюкъ объяснилъ, что въ случаѣ заслуживающаго довѣрія заявленія укореняемаго о несуществованіи въ его отечествѣ вообще никакихъ удостовѣреній дѣеспособности, можно обойтись и безъ удостовѣренія [2]). Относительно значенія согласія родителей или отцовъ на укорененіе недѣеспособнаго, нѣмецкіе юристы признаютъ, что оно имѣетъ силу, хотя бы по отечественному закону укореняемаго оно вовсе не допускалось [3]). Практически это, конечно, удобнѣе, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, подобная практика находится въ прямомъ противорѣчіи съ опредѣленіемъ дѣеспособности по отечественному закону укореняемаго [4]).

Въ виду всего вышеизложеннаго, едва-ли можно признать необходимымъ, вопреки существеннымъ практическимъ неудобствамъ, требовать отъ укореняемаго дѣеспособности не только по русскому закону, но и по закону его прежняго отечества.

Что-же касается требованія дѣеспособности, одновременно и по отечественному закону укореняемаго, и по закону укореняющаго государства, то оно основано, очевидно, на представленіи, будто бы перемѣна подданства не есть единый актъ, а слагается изъ двухъ разтѣльныхъ актовъ: выходъ изъ подданства прежняго отечества и вступленіе въ подданство новаго. Но подобное раздвоеніе акта укорененія находится въ непримиримомъ противорѣчіи съ тѣмъ основнымъ и общепризнаннымъ положеніемъ, что въ международномъ общеніи не допускается безподданство. Если-же для укорененія требовать предварительнаго выхода изъ прежняго подданства, то всѣ укореняемые окажутся нѣкоторое время въ состояніи безподданства.

Изъ положительныхъ условій укорененія, установляемыхъ проектомъ, дѣйствующее законодательство знаетъ только одно—предварительное пятилѣтнее водвореніе. Но и тутъ проектъ вноситъ довольно существенныя измѣненія. Для лицъ, не имѣющихъ права на облегченный порядокъ

---

[1]) Tableau général de l'organisation, des travaux et du personnel de l'Institut de droit international. 1893, p. 34.

[2]) Seydel, Die deutsche Reichs und Staatsangehörigkeit (Hirth's Annalen. 1876, S. 142).

[3]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 1888. B. I, S. 161.

[4]) Bar, Theorie und Praxis. I, S. 238.

укорененія, дѣйствующее законодательство признаетъ пятилѣтнее водвореніе безусловно обязательнымъ, причемъ срокъ водворенія считается только со времени полученія водворительнаго свидѣтельства. Самое продолжительное пребываніе въ Россіи, хотя бы въ теченіе нѣсколькихъ десятилѣтій, безъ полученія водворительнаго свидѣтельства отъ мѣстнаго губернатора, не даетъ права на укорененіе.

Проектъ смягчаетъ строгость этого правила. Иностранцамъ, родившимся въ Россіи или прожившимъ въ ней не менѣе десяти лѣтъ, онъ предоставляетъ доказывать давнее свое водвореніе и иными, чѣмъ водворительное свидѣтельство, законными документами. Такимъ образомъ, эти лица вовсе освобождаются отъ обязанности предварительнаго заявленія о намѣреніи своемъ перейти въ русское подданство. Едва-ли это удобно. Значеніе предварительныхъ заявокъ и водвореній не ограничивается только удостовѣреніемъ времени поселенія иностранца. Заявки эти даютъ также,—и это, конечно, главное ихъ значеніе,—мѣстной администраціи возможность удостовѣриться, въ промежутокъ времени между заявкой и укорененіемъ, въ матеріальной обезпеченности, въ нравственной и политической благонадежности. Къ иностранцамъ, только временно проживающимъ въ Россіи, администрація не можетъ относиться также внимательно, какъ къ заявившимъ намѣреніе перейти въ русское подданство. О временно проживающемъ она въ десять лѣтъ можетъ узнать меньше, чѣмъ о водворенномъ—въ одинъ годъ. Между тѣмъ постановленія проекта приводятъ къ совершенному уравненію пятилѣтняго *водворенія* съ десятилѣтнимъ *проживаніемъ*.

Лучше было бы въ этомъ вопросѣ послѣдовать примѣру сѣверо-американскаго, мексиканскаго и японскаго законодательствъ. Въ Соединенныхъ Штатахъ требуется, какъ и у насъ, пятилѣтнее пребываніе, но заявленіе о намѣреніи принять подданство дѣлается лишь за два года [1]). Японскій законъ 2 января 1892 года требуетъ десятилѣтняго пребыванія въ Японіи, но заявленія—только за два года. Въ Мексикѣ, по закону 28 мая 1886 года, пребываніе требуется всего въ теченіе двухъ лѣтъ, а заявленіе—за шесть мѣсяцевъ.

Такой порядокъ самый цѣлесообразный. Онъ не заставляетъ дѣлать заявленія о намѣреніи вступить въ подданство слишкомъ рано, а вмѣстѣ обезпечиваетъ правительству возможность выяснить личность каждаго укореняющагося.

Японскій законъ заслуживаетъ подражанія еще и въ томъ отношеніи, что онъ съ точностью опредѣляетъ послѣдствія временныхъ перерывовъ въ проживаніи на японской территоріи. Отлучки не болѣе шести мѣсяцевъ не вычитаются вовсе; отлучки болѣе шести мѣсяцевъ, но не болѣе

[1]) Revised Statutes of the United States. Edition 1878. Section 2165.

двухъ лѣтъ, вычитаются, но не прерываютъ теченія срока водворенія. Разъ сдѣланное заявленіе, въ случаѣ смерти заявившаго, сохраняетъ силу для укорененія его жены и дѣтей. По мексиканскому закону только отлучки не свыше шести мѣсяцевъ, и то не иначе, какъ съ особаго разрѣшенія правительства, не прерываютъ теченія срока водворенія.

Въ виду заботъ о возможномъ ограниченіи чрезмѣрнаго наплыва иностранцевъ, быть можетъ, было-бы желательно ввести у насъ правило, принятое англійскимъ законодательствомъ. Обыкновенно представляютъ дѣло такъ, будто въ Англіи, какъ и у насъ, установленъ опредѣленный пятилѣтній срокъ водворенія. Въ дѣйствительности Naturalisation Act 1870 года (33 and 34 Vict., c. 14) установили пятилѣтній срокъ только какъ предѣльный минимумъ, ниже котораго министръ не можетъ установить дѣйствительнаго срока водворенія. На дѣлѣ властью министра срокъ этотъ опредѣленъ восьмилѣтній [1]).

Подобно дѣйствующему закону и проектъ допускаетъ, съ разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ, сокращеніе срока водворенія для иностранцевъ, оказавшихъ Россіи особыя услуги, и кромѣ того иностранцевъ извѣстныхъ категорій вовсе освобождаетъ отъ условія предварительнаго водворенія, а именно иностранцевъ, воспитанныхъ въ Россіи, дѣтей укорененныхъ, дѣтей русской подданной, бывшей замужемъ за иностранцемъ, состоящихъ на государственной службѣ и духовныхъ *иностранныхъ* исповѣданій, приглашаемыхъ на службу въ Россію.

При этомъ невольно бросается въ глаза ничѣмъ необъяснимое ограниченіе льготнаго порядка духовными только иностранныхъ исповѣданій. Надо думать, это просто недосмотръ.

Изъ положительныхъ условій укорененія, вводимыхъ проектомъ, наибольшее значеніе имѣетъ требованіе предварительнаго согласія на пріемъ сельскаго или мѣщанскаго общества. Это самое существенное, сравнительно съ постановленіями дѣйствующаго закона, стѣсненіе свободы вступленія въ русское подданство. Поэтому, замѣтимъ кстати, едва-ли умѣстно, какъ это сдѣлано въ проектѣ, упомянуть объ этомъ условіи только въ перечнѣ документовъ, прилагаемыхъ къ прошенію объ укорененіи.

Предположеніе относительно установленія этого условія уже въ самой коммисіи, составлявшей проектъ, вызвало разногласія. Большинство коммисіи находило, что условіе предварительнаго согласія сельскаго или мѣщанскаго общества на пріемъ укореняемаго въ его среду лучше всего можетъ обезпечить допущеніе къ укорененію только лицъ, дѣйствительно обладающихъ матеріальнымъ достаткомъ, такъ какъ ни одно общество не согласится принять къ себѣ человѣка, въ отношеніи

[1]) Revue de droit international. 1871, p. 603 (Westlake).

къ которому имѣется вѣроятность, что въ ближайшемъ будущемъ обществу придется его призрѣвать. Вмѣстѣ съ тѣмъ указывалось, что и на возможность укорененія этимъ путемъ нѣтъ затрудненій, какія возникаютъ на практикѣ по исполненію требованія закона объ обязательной припискѣ укорененныхъ въ девятимѣсячный срокъ.

Меньшинство, возражая противъ этихъ доводовъ, настаивало на томъ, что при установившейся почти повсемѣстно легкости полученія пріемныхъ приговоровъ требованіе ихъ сведется къ ничего не обезпечивающей формальности, и особенно упирало на то, будто включеніе этого условія укорененія противорѣчитъ въ принципѣ руководящимъ началамъ, положеннымъ въ основаніе всѣхъ постановленій проекта. Въ основу проекта положено признаніе укорененія актомъ свободнаго усмотрѣнія правительства. По мнѣнію меньшинства, при требованіи предварительнаго согласія на пріемъ сельскихъ и городскихъ обществъ, свободное усмотрѣніе правительства было бы ограничено. Можно ли допустить это?—спрашивало меньшинство. Можно ли допустить уже то, чтобы какое-нибудь податное общество являлось въ роли судьи—рѣшителя, когда дѣло идетъ объ оцѣнкѣ лицъ, нерѣдко стоящихъ на несравненно высшемъ уровнѣ развитія, чѣмъ члены самого общества,—можно ли допустить это безъ нарушенія самыхъ элементарныхъ требованій справедливости? Но еще съ большимъ основаніемъ позволительно спросить: можно ли допустить, чтобы усмотрѣнію податныхъ обществъ предоставлено было рѣшеніе вопроса о пріемѣ или непріемѣ иностранца въ подданство? Если натурализація должна быть не только добровольнымъ, но и свободнымъ актомъ подлежащей государственной власти, съ этой свободой дѣйствія не мирится зависимость отъ кого бы то ни было и уже, конечно, менѣе всего—зависимость отъ властей подчиненныхъ. Нѣчто подобное меньшинство усматривало развѣ только въ прежнемъ законодательствѣ Швейцаріи, но и тамъ это объяснялось федеративнымъ устройствомъ и политическимъ значеніемъ кантоновъ, какого, конечно, не могутъ имѣть наши податныя общества.

Доводы эти повторяются и въ отзывахъ на проектъ, Между тѣмъ, въ основѣ ихъ лежитъ просто нѣкоторое недоразумѣніе. Требованіе для укорененія предварительнаго согласія общества на пріемъ въ его среду укореняемаго, конечно, не можетъ имѣть того значенія, чтобы имъ предрѣшался вопросъ объ укорененіи. Общество даетъ свое согласіе лишь на тотъ случай, *если* укорененіе состоится. Одинъ изъ членовъ меньшинства самъ предлагалъ поставить условіемъ укорененія ручательство двухъ благонадежныхъ гражданъ. Вѣдь не предполагалось же, что этимъ будетъ ограничена свобода дѣйствія правительства.

Къ тому же требованіе согласія общинъ вовсе не является чѣмъ-то безпримѣрнымъ и въ иностранныхъ законодательствахъ. Даже въ Гер-

маніи примѣняется это начало. Правда, въ имперскомъ законѣ о натурализаціи предписывается только истребованіе отъ общины, въ которой укореняемый намѣренъ водвориться, отзыва о его поведеніи, положеніи и способности содержать себя и семью. Но условія укорененія, установленныя имперскимъ закономъ, не имѣютъ безусловнаго, исчерпывающаго значенія. Отдѣльныя германскія государства въ правѣ присоединять къ нимъ и другія условія. Такъ, въ Баваріи прямо требуется, какъ въ нашемъ проектѣ, предварительное согласіе общины на пріемъ въ ея среду укореняемаго [1]).

Возраженія противъ требованія предварительнаго согласія обществъ на пріемъ вообще какъ бы предполагаютъ, что проектомъ впервые вводится у насъ обязательность приписки иностранцевъ къ сельскимъ или мѣщанскимъ обществамъ. Между тѣмъ это обязательно и по дѣйствующему законодательству. Только не требуется заручаться согласіемъ общества до укорененія, и на приписку послѣ укорененія дается девятимѣсячный срокъ. Нововведеніе проекта заключается поэтому не въ установленіи самой обязательности приписки, а въ возложеніи на укореняемаго обязанности озаботиться согласіемъ на приписку еще до укорененія.

Введеніе такого правила вызывается даже прямо соображеніями справедливости. По существующему законодательству, приписка къ сельскимъ обществамъ безъ пріемнаго приговора по общему правилу не допускается. Только лица, уже владѣющія опредѣленнымъ количествомъ земли не далѣе 15 верстъ отъ селенія, могутъ приписываться безъ согласія обществъ. Напротивъ, къ мѣщанскимъ обществамъ (кромѣ нѣкоторыхъ привилегированныхъ городовъ, въ томъ числѣ всѣхъ городовъ прибалтійскихъ губерній) могутъ приписываться всѣ обязанные избрать родъ жизни. Поэтому вся масса матеріально необезпеченныхъ иностранцевъ послѣ укорененія приписывается къ мѣщанскимъ обществамъ. Но какое основаніе возлагаетъ на наши мѣщанскія общества обязанность принимать въ свою среду всякаго укорененнаго, кому только вздумается приписываться къ данному обществу?

Въ возраженіяхъ противъ проекта указывалось, что, съ установленіемъ обязанности запасаться предварительнымъ согласіемъ общества, мѣщанскія общества могутъ установить поборы за пріемъ. Если бы такъ и было, въ томъ нѣтъ ничего худого или несправедливаго. Взиманіе подобныхъ сборовъ, напротивъ, вполнѣ оправдывается обязанностью, падающею на мѣщанскія общества по призрѣнію принятыхъ въ его среду членовъ.

Такимъ образомъ доводы противъ установленія, какъ условія укоре-

[1]) Seydel, Bayerisches Staatsrecht, I. S. 534.

ненія, предварительнаго согласія общества на пріемъ укореняемаго, едва ли можно признать убѣдительными. Тѣмъ не менѣе, въ виду этихъ возраженій, министерство внутреннихъ дѣлъ сдѣлало условно предложеніе дополнить соотвѣтствующую статью проекта постановленіемъ, что «отъ представленія пріемныхъ приговоровъ подлежащихъ обществъ освобождаются всѣ вообще иностранцы, сдѣлавшіе въ общественный капиталъ волости или гмины, къ коимъ желаютъ приписаться, денежный взносъ въ размѣрѣ 100 рублей, а въ случаѣ желанія приписаться къ одному изъ городовъ—въ томъ размѣрѣ, какой будетъ установленъ по взаимному соглашенію министровъ внутреннихъ дѣлъ и финансовъ, въ предѣлахъ отъ 100 до 1000 руб.»

Другое положительное условіе, вводимое проектомъ, это заявленіе укореняемаго «о желаніи его навсегда отказаться отъ всѣхъ подданическихъ отношеній къ прежнему отечеству». Цѣль такого требованія—обезпеченіе отъ случаевъ двойнаго подданства. Впрочемъ, и сами составители проекта сознавали, что такому отреченію отъ подданства нельзя придавать юридическаго значенія, но полагали все-таки, что, выраженное съ подобающею торжественностью, оно должно оказывать сильное нравственное вліяніе, напоминая о безповоротности дѣлаемаго шага.

Таковы условія и порядокъ укорененія по проекту. Вырабатывая новые законы, нужно, конечно, обезпечить и соблюденіе ихъ на дѣлѣ. Но именно объ этомъ составители проекта вовсе не позаботились. Они обошли безусловнымъ молчаніемъ самый важный и самый щекотливый въ этомъ отношеніи вопросъ.

Отъ тѣхъ иностранцевъ, которые пожелаютъ прямо и открыто вступить въ русское подданство, проектъ требуетъ «законную правоспособность» по ихъ отечественному и по нашему закону, предварительное пятилѣтнее водвореніе и представленіе приговора о согласіи сельскаго или мѣщанскаго общества на принятіе ихъ въ свою среду. Но всякій легко можетъ обойти всѣ эти требованія. Для укорененія въ Финляндіи достаточно всего трехлѣтняго водворенія, и никакихъ пріемныхъ приговоровъ не требуется. Въ дѣлахъ объ укорененіи въ Финляндіи никакого также участія не имѣетъ министръ внутреннихъ дѣлъ; а между тѣмъ финляндскіе обыватели пользуются всѣми, безъ всякаго изъятія, правами природныхъ русскихъ подданныхъ. Укорениться въ Финляндіи или въ Россіи для иностранца не можетъ представлять никакого различія. Укорениться въ Финляндіи даже еще выгоднѣе, такъ какъ природные русскіе подданные не пользуются всѣми правами въ Финляндіи.

Чтобы новый законъ получилъ дѣйствительную силу, необходимо распространить его дѣйствіе на Финляндію или—лишить финляндскихъ обывателей пользованія правами природныхъ русскихъ подданныхъ.

Иначе всѣ ограничительныя условія, установляемыя проектомъ, окажутся на дѣлѣ лишенными всякаго значенія.

Самый порядокъ принятія въ подданство проектъ сохраняетъ тотъ же, какой установленъ дѣйствующимъ правомъ. Прошеніе объ укорененіи подается министру внутреннихъ дѣлъ, а вступленіе совершается принятіемъ присяги. Но проектъ сокращаетъ случаи изъятій изъ общаго порядка. Иностранцы, воспитанные въ Россіи, дѣти укорененныхъ, дѣти русской подданной, бывшей замужемъ за иностранцемъ, подчиняются, по проекту, общему порядку укорененія по усмотрѣнію министра внутреннихъ дѣлъ. Изъятіе въ этомъ отношеніи предположено сохранить только для состоящихъ на государственной службѣ и для духовныхъ лицъ иностранныхъ исповѣданій, приглашаемыхъ на службу въ Россію. Они могутъ быть укореняемы во всякое время и безъ всякихъ сроковъ, по усмотрѣнію непосредственнаго ихъ начальства.

Составители проекта находили, что иностранцевъ, вступившихъ на службу государства и изъявляющихъ потомъ желаніе принять его подданство, нѣтъ надобности подвергать дѣйствію общихъ правилъ о порядкѣ вступленія въ подданство и въ частности заставлять ихъ обращаться къ министру внутреннихъ дѣлъ съ ходатайствомъ о разрѣшеніи вступить въ подданство, потому что самое принятіе ихъ на службу доказываетъ, что они уже признаны правительствомъ въ качествѣ лицъ полезныхъ государству и, слѣдовательно, утвердительный отвѣтъ на подобное ходатайство долженъ быть предполагаемъ. То же самое даже съ большимъ еще основаніемъ можно сказать о духовныхъ лицахъ иностранныхъ исповѣданій: они самимъ же министромъ приглашаются на службу въ Россію.

Мнѣ думается, что съ этими доводами нельзя согласиться. Иностранцы допускаются у насъ на службу по части ученой, учебной и по искусственной части вѣдомствъ горнаго, монетнаго и соляного. При замѣщеніи должностей такого характера обращаютъ вниманіе главнымъ образомъ на спеціальныя знанія и опытность кандидата, а не на его политическую благонадежность и тѣмъ болѣе не на его матеріальную обезпеченность. Напримѣръ, начальство учебнаго заведенія, замѣщая должность преподавателя иностраннаго языка, конечно, оцѣниваетъ главнымъ образомъ, если не исключительно, знаніе языка и педагогическія способности кандидата. Поэтому при допущеніи укорененія служащихъ внѣ всякихъ другихъ условій властью ихъ непосредственнаго начальства открывается легкая возможность къ обходу закона. Не разсчитывающій обыкновеннымъ путемъ получить укорененіе можетъ на мѣсяцъ, на два занять какую-нибудь учебную или техническую должность и, получивъ отъ начальства укорененіе, тотчасъ же бросить службу.

При этомъ особенно несообразно предоставленіе власти укорененія *непосредственному* начальству. Оказывается, что начальство, которому законъ не предоставляетъ даже права назначать и увольнять служащихъ, можетъ ихъ надѣлять правами русскаго подданства. Слѣдовало бы, по крайней мѣрѣ, предоставить власть укорененія начальству, отъ котораго зависитъ утвержденіе въ должности, и кромѣ того желательно бы вмѣнить ему въ обязанность предварительно укорененія сноситься съ министерствомъ внутреннихъ дѣлъ.

Относительно лицъ духовныхъ нельзя не замѣтить, что едва ли удобно духовное начальство иностраннаго исповѣданія надѣлять властью принимать кого-либо въ русское подданство.

Дѣйствію укорененія, въ отличіе отъ существующаго нынѣ правила, проектъ не придаетъ личнаго характера, а распространяетъ его на несовершеннолѣтнихъ дѣтей, находящихся на попеченіи родителей укореняемыхъ, за исключеніемъ тѣхъ изъ нихъ, которые находятся за-границей и притомъ на оставленіе коихъ въ иностранномъ подданствѣ послѣдуетъ особое разрѣшеніе министра внутреннихъ дѣлъ.

Мотивами установленія такого правила послужили, главнымъ образомъ, два соображенія. Съ одной стороны, стремленіе охранить единство семьи, которое бы разрушалось разноподданствомъ отдѣльныхъ ея членовъ. Съ другой стороны, было принято во вниманіе и свидѣтельство опыта, что строго личный характеръ укорененія приводитъ неизбѣжно къ случаямъ двуподданства, такъ какъ, напр., по германскому законодательству десятилѣтнее отсутствіе уже само по себѣ влечетъ утрату подданства.

Вопросъ о томъ, должно ли укорененіе имѣть строго личный характеръ или должно распространяться и на несовершеннолѣтнихъ дѣтей, представляется весьма спорнымъ и въ наукѣ, да и современныя законодательства рѣшаютъ его не одинаково. Строго личный характеръ укорененія признаютъ французское, бельгійское [1]), румынское и турецкое законодательства. Въ Греціи укорененіе распространяется на дѣтей, рожденныхъ во время предварительнаго водворенія. Въ Голландіи укорененіе распространяется и на несовершеннолѣтнихъ дѣтей, но по достиженіи ими совершеннолѣтія по голландскому законодательству (23 года) они могутъ, въ теченіе года, отказаться отъ голландскаго подданства.

Въ виду того, что на-ряду съ интересами единства семьи по крайней мѣрѣ такое же значеніе имѣетъ и то начало, что подданство ни-

[1]) Бельгійскій кассаціонный судъ въ 1883 году призналъ, что даже *зачатые* до укорененія остаются иностранцами. Съ другой стороны, законъ $^{16}|_{17}$ августа 1889 года предоставилъ дѣтямъ укорененныхъ, по достиженіи 18 лѣтъ, съ согласія отца, принимать бельгійское подданство.

кому не навязывается противъ воли, слѣдовало бы кажется отдать предпочтеніе среднимъ системамъ. Единство семьи, конечно, имѣетъ очень важное значеніе. Но законъ не можетъ создать этого единства, если его нѣтъ на дѣлѣ. Единство подданства, принудительно навязанное членамъ уже разрозненной семьи, не можетъ быть прочно. Поэтому законъ долженъ ограничиться только установленіемъ условій, дѣлающихъ возможнымъ для заинтересованныхъ въ томъ членовъ семьи сохранить ея единство. Эта цѣль была бы достигнута, если бы несовершеннолѣтнія дѣти укореняемыхъ только предполагались русскими подданными, а затѣмъ въ опредѣленный срокъ, до достиженія призывнаго возраста, имъ было бы предоставлено избрать окончательно, съ согласія отца или попечителя, иностранное или русское подданство. Возможность уклоненія этимъ путемъ отъ отбыванія воинской повинности могла бы быть устранена недопущеніемъ на практикѣ, въ силу предоставленной министру дискреціонной власти, позднѣйшаго укорененія такихъ лицъ.

Установляя безусловное распространеніе укорененія на несовершеннолѣтнихъ дѣтей, составители проекта къ тому же впадаютъ въ противорѣчіе сами съ собой, такъ какъ дѣйствіе увольненія по проекту *не распространяется* на дѣтей, достигшихъ 15-лѣтняго возраста.

Наконецъ и случаи двуподданства не устраняются распространеніемъ укорененія на несовершеннолѣтнихъ дѣтей, и не только въ отношеніи къ государствамъ, придающимъ укоренению строго личный характеръ, но и, напр., въ отношеніи къ Германіи, такъ какъ тамъ, если десятилѣтняя отлучка и влечетъ за собой прекращеніе подданства, то съ другой стороны возвращеніе въ Германію, хотя бы и послѣ 10 лѣтъ, само собой возстановляетъ германское подданство.

Проектъ, опредѣляя объемъ дѣйствія укорененія, имѣетъ въ виду только совершеннолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ дѣтей. Но можетъ быть и такъ, что у укореняемаго окажутся совершеннолѣтнія, по другимъ основаніямъ недѣеспособныя дѣти. Какъ быть съ ними? Начало единства семьи, конечно, требовало бы распространенія и на нихъ русскаго подданства, принимаемаго отцомъ. Со стороны такихъ дѣтей нельзя ожидать какой-либо самостоятельности и обособленности отъ семьи. Но установляемое проектомъ требованіе дѣеспособности, какъ необходимаго условія укорененія, дѣлаетъ совершенно невозможнымъ укорененіе такихъ членовъ семьи. Вотъ еще основаніе къ тому, чтобы допустить укорененіе и недѣеспособныхъ—съ согласія отца или опекуна.

III.

Вторая часть проекта содержитъ опредѣленіе условій прекращенія подданства. Согласно распространенному у насъ мнѣнію, и составители

проекта полагали, что дѣйствующее законодательство вовсе, ни подъ какими условіями, не допускаетъ выхода изъ русскаго подданства. По ихъ мнѣнію, ст. 325 Улож. наказ. признаетъ преступнымъ вступленіе въ подданство иностранной державы независимо отъ того, *совершилось оно съ дозволенія или безъ дозволенія правительства*, и поэтому слѣдуетъ заключить, что наше законодательство держится принципа вѣчнаго подданства.

Основаніемъ къ такому заключенію служитъ отнесеніе въ текстѣ 325 статьи словъ «безъ дозволенія правительства» къ вступленію только въ иностранную службу, а не въ иностранное подданство. «Кто, отлучаясь изъ отечества, говорится въ ней, войдетъ въ иностранную службу *безъ позволенія правительства*, или вступитъ въ подданство иностранной державы». На первый взглядъ, дѣйствительно, можетъ показаться, что тутъ установляется безусловная наказуемость всякаго вступленія въ иностранное подданство. Но при болѣе внимательномъ отношеніи къ дѣлу не трудно убѣдиться въ ошибочности такого толкованія.

Наказуемость дѣянія, совершаемаго съ дозволенія правительства, была бы дѣломъ ни съ чѣмъ несообразнымъ, и подобное пониманіе ст. 325 возможно только при совершенномъ игнорированіи элементарныхъ пріемовъ толкованія.

Когда имѣешь дѣло съ обширнымъ законодательнымъ актомъ, систематически расчлененнымъ, для установленія точнаго смысла каждой отдѣльной статьи, кромѣ ея собственнаго текста, необходимо обращать вниманіе и на то мѣсто, гдѣ она помѣщена, на тѣ рубрики, подъ какими она значится. Но ст. 325 помѣщена въ IV раздѣлѣ, въ главѣ VII, озаглавленной «*о недозволенномъ* оставленіи отечества». Изъ этого ясно уже само собой, что всѣ статьи этой главы устанавливаютъ наказуемость предусматриваемыхъ ими дѣяній лишь подъ условіемъ совершенія ихъ безъ дозволенія. Иначе пришлось бы, напр., ст. 238 примѣнять ко всякому, кто станетъ кого-нибудь убѣждать взять заграничный паспортъ.

Что ст. 325 предусматриваетъ только недозволенное вступленіе въ иностранное подданство, подтверждается и ея исторіей. Составители Уложенія 1845 года видѣли въ ней не новое постановленіе, а воспроизведеніе ст. 270 Свода законовъ уголовныхъ 1842 г. Въ статьѣ же этой и въ приведенномъ подъ нею ея источникѣ, Регламентѣ о управленіи адмиралтейства 1722 года (гл. I, ст. 75), отсутствіе дозволенія правительства указывалось какъ общее условіе наказуемости вступленія и въ иностранную службу, и въ иностранное подданство.

Такимъ образомъ ст. 325 Улож. наказ. установляетъ наказуемость только *недозволеннаго* выхода изъ русскаго подданства, а въ учрежденіи комитета министровъ, ст. 32, прим. 2, намѣченъ и самый порядокъ испрошенія дозволенія на выходъ изъ подданства. Прошенія о томъ подаются

Министру внутреннихъ дѣлъ, который представляетъ ихъ чрезъ Комитетъ министровъ на Высочайшее разрѣшеніе [1]).

Проектъ облегчаетъ этотъ порядокъ, требуя для увольненія изъ подданства, вмѣсто Высочайшаго соизволенія, только разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ. Затѣмъ въ немъ подробно опредѣляются условія увольненія и установляется еще другой способъ прекращенія подданства—утрата подданства вслѣдствіе безвыѣзднаго проживательства за-границею въ теченіе 10 лѣтъ безъ особаго разрѣшенія правительства и возобновленія русскаго паспорта.

Въ этомъ перечнѣ не указаны лица недѣеспособныя. Но составители проекта полагали, что невозможность ихъ увольненія подразумѣвается сама собой, «ибо наличность право- и дѣеспособности сама собою предполагается у лицъ, увольняемыхъ *по прошенію*». На чемъ основано такое заключеніе, трудно понять, такъ какъ каждому, конечно, извѣстно, что и несовершеннолѣтнія могутъ подавать прошенія: прошенія о пріемѣ въ учебныя заведенія, о принятіи на службу, объ увольненіи въ отпуски, объ увольненіи отъ службы, о допущеніи къ отбыванію воинской повинности въ качествѣ вольноопредѣляющагося, о переходѣ изъ иновѣрія въ христіанство, изъ инославія въ православіе, и т. п. Поэтому для устраненія недоразумѣній этотъ вопросъ долженъ быть прямо разрѣшенъ въ законѣ.

Притомъ обусловливать увольненіе непремѣнно дѣеспособностью еще меньше основаній, чѣмъ въ отношеніи укорененія. Вѣдь если признать, что увольненіе можетъ имѣть мѣсто только въ отношеніи къ дѣеспособнымъ, то въ случаѣ увольненія родителей, имѣющихъ совершеннолѣтнихъ умалишенныхъ или глухонѣмыхъ дѣтей, ихъ придется зачѣмъ-то удерживать въ русскомъ подданствѣ. На практикѣ родители, конечно, могутъ увезти ихъ съ собой за границу, и чрезъ десять лѣтъ мы сами признаемъ ихъ «утратившими» подданство.

Изъ перечисленныхъ ограниченій допустимости увольненія обращаетъ на себя вниманіе запретъ увольнять изъ подданства всѣхъ состоящихъ въ запасѣ. Это приводитъ къ тому, что увольненіе изъ подданства возможно не ранѣе 36 лѣтъ. Возрастъ этотъ слишкомъ высокій. Наша эмиграція въ общемъ очень незначительна и слагается къ тому же, по свидѣтельству самихъ составителей проекта, изъ такихъ элементовъ, удержаніе которыхъ въ составѣ русскаго населенія ни въ какомъ отношеніи не представляется желательнымъ. Въ Германіи, гдѣ эмиграція гораздо значительнѣе и гдѣ для военной защиты требуется гораздо большее напряженіе народныхъ силъ, все-таки довольствуются запретомъ выхода

[1]) Въ Продолженіе 1886 года это же самое постановленіе было включено, какъ примѣчаніе къ ст. 1352 Учрежденія Министерствъ.

изъ подданства только обязанныхъ повинностью, начиная съ 17 лѣтъ (а не съ 15, какъ у насъ), и состоящихъ на дѣйствительной службѣ. Состоящіе же въ запасѣ не могутъ быть увольняемы изъ германскаго подданства только послѣ призыва ихъ на службу, но это правило распространяется и на состоящихъ въ ополченіи. Въ проектѣ же относительно ратниковъ ополченія никакихъ ограниченій не установлено.

Дѣйствіе увольненія предполагается распространить по общему правилу на жену увольняемаго и на его несовершеннолѣтнихъ дѣтей [1]), за исключеніемъ сыновей, достигшихъ 15 лѣтъ. Изъ этого правила изъемлются жены, получившія, въ силу особаго Высочайшаго повелѣнія или судебнаго рѣшенія, дозволеніе проживать отдѣльно отъ мужа, и дѣти, на оставленіе которыхъ въ русскомъ подданствѣ послѣдуетъ особое разрѣшеніе министра.

Предположеніе относительно обязательнаго распространенія увольненія и на жену, хотя бы она сама того не желала, вызвало настойчивыя возраженія со стороны министерства юстиціи. И въ самомъ дѣлѣ въ этомъ случаѣ проектъ идетъ слишкомъ далеко въ заботахъ объ охранѣ единства семьи. Правила о порядкѣ и условіяхъ перемѣны подданства должны быть таковы, чтобы ими не разрушалось единство семьи. Но правилами этими нельзя создать такого единства тамъ, гдѣ его нѣтъ. Если жена не хочетъ слѣдовать за мужемъ въ перемѣнѣ подданства, это уже само по себѣ доказываетъ полную рознь между ними.

Къ тому же имѣется полное основаніе ожидать, что всѣ заботы навязать единство такой, ползущей врозь, семьѣ ни къ чему не приведутъ. Въ большинствѣ иностранныхъ государствъ разводъ гораздо легче, чѣмъ у насъ, а допустимость развода и его условія опредѣляются всегда по національному закону супруговъ [2]). Поэтому, въ большинствѣ случаевъ, жена, не могущая у насъ добиться развода и противъ ея воли вмѣстѣ съ мужемъ уволенная изъ русскаго подданства, сдѣлавшись иностранкой, получитъ разводъ и, какъ разведенная съ иностранцемъ русская по рожденію можетъ всегда возвратиться въ русское подданство. Единство семьи такимъ образомъ все-таки не будетъ сохранено. Жена останется въ концѣ концовъ русской поданной, только для этого зачѣмъ-то придется продѣ-

---

[1]) Въ проектѣ вездѣ вмѣсто «сыновья» говорится «дѣти мужскаго пола». Многословіе, приводящее въ нѣкоторыхъ статьяхъ проекта къ двусмысленностямъ; напр., ст. 18 начинается такъ: «дѣти иностранцевъ мужскаго пола». По расположенію словъ выходитъ, будто законодатель имѣетъ тутъ въ виду дѣтей иностранцевъ-мужчинъ, а не дѣтей иностранокъ. «Сыновья иностранцевъ» было бы и короче, и точнѣе.

[2]) Bar, Lehrbuch des internationalen Privat-und Strafrechts. 1892, S. 78. Für die Ehescheidung ist das Personalstatut des Ehemannes massgebend, und zwar das Personalstatut zur Zeit der Scheidungsklage, nicht das Personalstatut zur Zeit der Eingehung der Ehe. Despagnet, Précis de droit international privé. 1891. p. 425.

лать длинную процедуру увольненія изъ русскаго подданства, принятія иностраннаго подданства, развода и возвращенія опять-таки въ русское подданство.

Полученное отъ министра увольнительное свидѣтельство получаетъ силу, и слѣдовательно увольненіе считается состоявшимся, только съ выѣздомъ увольняемаго за-границу. На выѣздъ полагается шестимѣсячный срокъ, который можетъ быть, однако, продолженъ министромъ. Въ случаѣ невыѣзда въ установленный срокъ, увольнительное свидѣтельство теряетъ силу. Пріѣзжать обратно въ Россію уволенные могутъ только по вступленіи ихъ въ иностранное подданство.

Если во время полученія увольнительнаго свидѣтельства лицо уже находится за-границей, увольненіе считается состоявшимся со времени врученія ему свидѣтельства миссіей или консульствомъ.

Кромѣ увольненія, проектъ установляетъ еще другой способъ прекращенія подданства—утрату его, какъ послѣдствіе десятилѣтняго пребыванія за-границею безъ особаго разрѣшенія правительства или безъ возобновленія русскаго паспорта. Утрата подданства распространяется также на жену и несовершеннолѣтнихъ дѣтей, но только при условіи нахожденія ихъ при мужѣ или отцѣ.

Могутъ-ли утратить подданство недѣеспособные? Въ проектѣ и этотъ вопросъ прямо не разрѣшенъ, но такъ какъ для утраты подданства не требуется никакихъ *прошеній*, то, надо думать, что и по мысли самихъ составителей проекта утратить подданство могутъ и недѣеспособные. Такъ рѣшается этотъ вопросъ и въ нѣмецкой литературѣ. Утрата подданства есть слѣдствіе просто *факта* десятилѣтняго отсутствія изъ отечества, а не какого-либо *дѣйствія*; поэтому она и не предполагаетъ наличности дѣеспособности [1]).

Утратившіе подданство могутъ пріѣзжать въ Россію также только по вступленіи въ иностранное подданство и то лишь съ особаго каждый разъ разрѣшенія на то министра.

Установляя это правило объ утратѣ подданства десятилѣтней отлучкой, составители проекта слѣдовали примѣру германскаго законодательства, но придали ему совершенно иной характеръ. По германскому закону утратившій такимъ образомъ подданство не подвергается никакимъ ограниченіямъ. Онъ можетъ воротиться въ Германію во всякое время, и не пріобрѣтя иностраннаго подданства; каждое германское государство, по возвращеніи такого лица, по его желанію, *обязано* принять его въ свои подданные, а прежнее его отечество *можетъ* (хотя и не обязано) признать его снова своимъ подданнымъ даже безъ возвращенія его въ отечество. Такимъ образомъ, германскій законъ установляетъ соб-

[1]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I, 1888, S. 166.

ственно не безповоротную потерю подданства, а только предположеніе о ней, предположеніе, которое всегда можетъ быть устранено опровергающимъ его заявленіемъ заинтересованнаго лица. Напротивъ, въ нашемъ проектѣ утрата подданства получаетъ безповоротный и какъ бы карательный характеръ, такъ какъ сопряжена съ весьма стѣснительными послѣдствіями для утратившаго подданство.

Врядъ-ли такая постановка дѣла можетъ быть признана правильной. Она слишкомъ рѣзко противорѣчитъ установившимся въ настоящее время началамъ и международнаго общенія, и государственнаго права. Въ своихъ общихъ соображеніяхъ составители проекта приходятъ къ тому заключенію, что какъ требованія государственной политики и развитія нашего законодательства, такъ и условія международныхъ отношеній одинаково говорятъ въ пользу необходимости отказа отъ начала вѣчнаго подданства. Но «отказъ отъ начала вѣчнаго подданства» никакъ нельзя согласить съ признаніемъ за переходомъ въ иностранное подданство безъ формальнаго увольненія преступнаго характера и съ установленіемъ за него какой-либо кары.

Къ такому взгляду на дѣло привели, конечно, опасенія, что выходъ изъ подданства, безъ предварительнаго на то разрѣшенія правительства, можетъ служить средствомъ къ обходу закона и къ уклоненію отъ лежащихъ на подданномъ обязанностей или падающей на него отвѣтственности. Правительство, безъ сомнѣнія, и въ правѣ, и должно преслѣдовать такой образъ дѣйствій, но для этого вовсе нѣтъ надобности связывать съ долговременнымъ отсутствіемъ изъ отечества утрату подданства и запрещать такимъ лицамъ въѣздъ въ Россію. Должная кара можетъ настигнуть такихъ лицъ, только когда они окажутся вновь въ предѣлахъ Россіи. Добиться ихъ выдачи отъ другого государства также гораздо легче, признавая ихъ своими подданными. Напротивъ, едва-ли привлеченіе такихъ лицъ къ отвѣтственности можно будетъ осуществить, если мы сами поспѣшимъ признать ихъ утратившими русское подданство и запретимъ имъ въѣздъ въ Россію.

Правда, составители проекта полагали, что за время десятилѣтняго пребыванія все равно покроется давностью большинство преступленій, которыя эмигрантъ могъ совершить до выѣзда изъ отечества. Но они упустили, очевидно, изъ вниманія, что наше законодательство вовсе не знаетъ давности наказанія, что преданіе суду исключаетъ давность совершенно, что всякое возбужденіе судебнаго преслѣдованія прерываетъ теченіе давности и теченіе это возобновляется лишь въ случаѣ прекращенія производства въ установленномъ порядкѣ. Поэтому и при самомъ долговременномъ пребываніи за-границей могутъ быть покрыты давностью только такія преступленія, по поводу которыхъ до возвращенія эмигранта вовсе не возбуждалось судебнаго преслѣдованія. Это возможно, конечно,

только въ случаяхъ полной безгласности преступленія или необнаруженія виновнаго, но тогда и при возвращеніи эмигранта въ Россію у министра не будетъ никакихъ основаній отказать ему въ впускѣ.

Да и само практическое осуществленіе запрета утратившимъ подданство въѣзжать въ Россію, безъ особаго на то разрѣшенія правительства, должно представить большія трудности. Именно, неблагонадежныя лица этой категоріи станутъ всѣми средствами скрывать свое русское происхожденіе, и безъ чрезмѣрно стѣснительныхъ правилъ для впуска въ Россію иностранцевъ невозможно будетъ имъ въ этомъ воспрепятствовать.

Независимо отъ этихъ частностей, нельзя не замѣтить, что и въ цѣломъ постановленія второй части проекта совершенно несогласованы съ основными началами современнаго международнаго права, одинаково не допускающаго какъ двуподданства, такъ и безподданства.

Въ международномъ общеніи не допускается существованіе суверенныхъ, ни къ какому государству не принадлежащихъ личностей. Каждый долженъ непремѣнно состоять въ какомъ-нибудь подданствѣ. А если такъ, то, очевидно, подданство одному государству можетъ прекратиться только съ пріобрѣтеніемъ правъ подданства въ другомъ государствѣ. Не можетъ быть собственно *выхода* изъ подданства, а непремѣнно *переходъ;* нельзя допускать *утраты* или *оставленія* подданства, а только *перемѣну*. Иначе будутъ неизбѣжно получаться случаи безподданства. Возможность случаевъ безподданства устраняется только признаніемъ пріобрѣтенія новаго подданства за единственный способъ прекращенія прежняго подданства.

Проектъ, напротивъ, связываетъ прекращеніе русскаго подданства съ увольненіемъ и съ долговременнымъ отсутствіемъ изъ отечества независимо отъ пріобрѣтенія правъ подданства въ другомъ государствѣ. Получившій увольнительное свидѣтельство и выѣхавшій въ шестимѣсячный срокъ за-границу тѣмъ самымъ лишается русскаго подданства, не пріобрѣтя еще иностраннаго подданства, и попадаетъ такимъ образомъ неизбѣжно на нѣкоторое время въ состояніе безподданства. Въ такомъ же положеніи окажется и проживший за-границей 10 лѣтъ и никакимъ государствомъ неукорененный. Въ самомъ проектѣ предусмотрѣна возможность такихъ случаевъ безподданства. Уволеннымъ изъ подданства и утратившимъ оное кореннымъ уроженцамъ Имперіи разрѣшается, если они не вступили въ иностранное подданство, просить о возстановленіи ихъ въ правахъ подданства, причемъ разрѣшеніе такихъ ходатайствъ зависитъ отъ усмотрѣнія министра внутреннихъ дѣлъ.

Однако, на практикѣ свобода усмотрѣнія министра въ подобныхъ дѣлахъ окажется по необходимости совершенно уничтоженной условіями международнаго общенія. Если другія государства станутъ высылать къ

намъ такихъ уволенныхъ нами или утратившихъ по нашему закону подданство, но ими непринятыхъ въ свое подданство, намъ волей-неволей придется принять ихъ къ себѣ. И увольненіе изъ подданства, и утрата подданства при такихъ условіяхъ окажутся лишенными того значенія, какое придаетъ имъ законъ.

Въ нашей практикѣ уже бывали случаи такого рода. Когда въ концѣ семидесятыхъ годовъ германское правительство препроводило къ намъ саратовскихъ колонистовъ, задумавшихъ переселеніе въ Бразилію, но затѣмъ воротившихся въ Европу, намъ пришлось принять большинство изъ нихъ.

Едва ли умѣстно включать въ законъ правила, которыя въ дѣйствительности не могутъ быть выполнены. Чтобы согласовать постановленія проекта съ установившимися условіями международнаго общенія, надо совершенно измѣнить исходныя его начала. Вмѣсто увольненія изъ подданства слѣдовало бы установить только дозволеніе на переходъ въ иностранное подданство и прекращеніе русскаго подданства связать не съ самымъ дозволеніемъ, а съ послѣдующимъ укорененіемъ въ иностранномъ государствѣ. Что же касается утраты подданства, то по меньшей мѣрѣ ей слѣдуетъ придать тотъ же условный характеръ, какой она имѣетъ по германскому праву: съ возвращеніемъ въ отечество утраченное подданство возстановляется само собой.

Но правильнѣе всего было бы послѣдовать примѣру не нѣмцевъ, а французовъ, тѣмъ болѣе, что и сами нѣмцы отдаютъ въ этомъ преимущество французскому праву [1]).

Французскіе юристы издавна выставили тотъ принципъ, что укорененіе въ иностранномъ государствѣ само по себѣ, безъ всякаго увольненія со стороны правительства, прекращаетъ прежнее подданство [2]), и начало это нашло себѣ выраженіе въ конституціи 3 сентября 1791 года (art. 6, n° 1) и затѣмъ въ Code civil, art 17. До послѣдняго времени тотъ же Code civil содержалъ довольно неопредѣленное правило, что водвореніе (établissement) въ иностранномъ государствѣ, безъ намѣренія возвратиться въ отечество, также прекращаетъ подданство. Но это послѣдствіе наступало только въ предположеніи намѣренія не возвращаться во Францію, предположеніе, которое всегда могло быть опровергнуто. Закономъ же 26 іюня 1889 года этотъ способъ прекращенія францускаго подданства отмѣненъ, и мотивомъ къ отмѣнѣ послужило именно желаніе устранить возможность случаевъ безподданства [3]).

---

[1]) Martitz, Das Recht der Staatsangehörigkeit im internationalen Verkehr (Hirth's Annalen 1875, S. 810).

[2]) Pothier, Oeuvres, t. XIII, p. 406 (1823).

[3]) Glard. De l'acquisition et de la perte de la nationalité française. 1893, p. p. 322, 323.

Отказъ отъ начала вѣчнаго подданства выражаетъ, что государство никому не навязываетъ своего подданства. Но вмѣстѣ съ тѣмъ современныя государства, какъ участники международнаго общенія, не могутъ и сами отказываться отъ своихъ подданныхъ, пока тѣ не получатъ правъ подданства въ другихъ государствахъ.

Тридцать пятая глава проекта уголовнаго уложенія.

I.

Уголовная отвѣтственность должностныхъ лицъ есть только одинъ изъ разнообразныхъ способовъ обезпеченія законности государственнаго управленія наряду съ гражданской и дисциплинарной отвѣтственностью и съ организаціей административной юстиціи. Поэтому надлежащая постановка уголовной отвѣтственности должностныхъ лицъ предполагаетъ отчетливое выясненіе существа, значенія и въ особенности взаимнаго соотношенія всѣхъ существующихъ гарантій законности управленія.

Уголовная репрессія слишкомъ дорого обходится обществу и матеріально, и нравственно, а вмѣстѣ съ тѣмъ уголовная кара не уничтожаетъ совершившагося правонарушенія, сама по себѣ не возстановляетъ попраннаго права, не возмѣщаетъ причиненнаго преступникомъ вреда. Къ карательнымъ мѣрамъ приходится прибѣгать, когда нѣтъ другихъ способовъ противодѣйствія правонарушенію или способы эти недостаточны, не соотвѣтствуютъ тяжести противозаконнаго посягательства.

Поэтому въ примѣненіи уголовной репрессіи надо соблюдать должную экономію. Нѣтъ основанія установлять угрозы наказаніемъ, когда законность управленія можетъ быть обезпечена и безъ этого, полнѣе и вѣрнѣе. Уголовное правосудіе не представляетъ собою панацеи противъ всѣхъ возможныхъ правонарушеній и не составляетъ высшей, совершеннѣйшей гарантіи правомѣрности. Не даромъ законы съ карательной санкціей называются менѣе совершенными законами, leges minus quam perfectae. Совершенны только тѣ законы, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой юридическую ничтожность правонарушительнаго дѣйствія. Такъ и въ дѣлѣ обезпеченія законности государственнаго управленія на первомъ мѣстѣ должна быть поставлена организація такого порядка обжалованія незаконныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, чтобы заинтересованныя лица могли всегда добиться отмѣны или юридическаго обезсиленія незаконныхъ постановленій.

Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда незаконнымъ дѣйствіемъ органа власти не причиняется непосредственнаго вреда, а только незаконно мотивируется или опредѣляется дѣятельность другихъ подчиненныхъ органовъ, или предписываются незаконныя ограниченія дѣятельности частныхъ лицъ, для обезпеченія законности вполнѣ достаточно права обжалованія. Таковы именно случаи незаконнаго изданія указовъ, требующихъ для своего дѣйствительнаго осуществленія чужой дѣятельности въ отдѣльныхъ, конкретныхъ случаяхъ; незаконные отказы въ выдачѣ разрѣшеній; незаконные запреты совершенія частными лицами опредѣленныхъ дѣйствій. Западные уголовные кодексы и не облагаютъ наказаніемъ такого рода правонарушеній со стороны должностныхъ лицъ на томъ, конечно, основаніи, что надлежащая организація административной юстиціи даетъ въ подобныхъ случаяхъ совершенно достаточное обезпеченіе законности. Подобныя дѣйствія органовъ власти были бы опасны и подрывали бы законный порядокъ лишь при томъ условіи, если бы были обязательны. Возможность путемъ обжалованія добиться ихъ отмѣны лишаетъ ихъ юридической силы, дѣлаетъ ихъ юридически ничтожными. Наказывать должностное лицо за незаконно изданный имъ и отмѣненный надлежащей инстанціей указъ было бы такъ же нецѣлесообразно, какъ привлекать къ уголовной отвѣтственности лицо, написавшее вексель на простой бумагѣ или купчую въ формѣ домашняго условія. Всѣ такіе акты признаются юридически ничтожными, и въ этомъ достаточная гарантія авторитета нарушаемыхъ ими законовъ.

Отмѣна въ порядкѣ административной юстиціи оказывается непримѣнимой и не достигающей цѣли обезпеченія законности управленія лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда незаконное дѣйствіе должностнаго лица само по себѣ, непосредственно, причиняетъ вредъ. Признаніе юридически ничтожнымъ дѣйствія, уже причинившаго вредъ, не достигло бы, конечно, цѣли обезпеченія законности управленія. Тутъ требуются мѣры иного свойства.

Вредъ, причиняемый незаконными дѣйствіями должностныхъ лицъ, можетъ быть троякій. Во-первыхъ, ихъ незаконныя дѣйствія могутъ причинять имущественный, оцѣнимый на деньги, вредъ. Такія правонарушенія и въ отношеніи къ виновнымъ должностнымъ лицамъ установляютъ право гражданскаго иска о вознагражденіи за понесенные вредъ и убытки.

Во-вторыхъ, вредъ, причиняемый незаконными дѣйствіями должностныхъ лицъ, можетъ представлять тѣ нарочитыя свойства особой опасности, тяжести, невознаградимости, какими обусловливается примѣненіе уголовныхъ каръ. Въ такомъ случаѣ должностное лицо подпадаетъ уголовному правосудію.

Взаимное соотношеніе гражданской и уголовной отвѣтственности

должностныхъ лицъ, конечно, то же самое, что и у частныхъ лицъ, и не возбуждаетъ какихъ-либо особыхъ сомнѣній. Но должностныя лица могутъ состоять и въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно состоять къ государству въ особомъ служебномъ отношеніи: служатъ, а не исправляютъ свою должность по найму или какъ повинность, какъ право. Государственная служба установляетъ особое подчиненіе служащаго, отличное отъ общаго отношенія подданства. Подданный обязанъ только къ опредѣленнымъ качественно и *количественно* услугамъ государству. Служащій—къ неопредѣленному ряду услугъ, опредѣленныхъ только по роду, а не по количеству. Подданный—только членъ, участникъ государственнаго общенія; служащій—его органъ и потому обязанъ какъ въ служебной, такъ и въ частной дѣятельности сохранять достоинство власти, представителемъ которой онъ является. Подданный подчиняется только государству; служащіе, образуя опредѣленную іерархію, ставятся другъ къ другу въ отношеніе начальниковъ и подчиненныхъ.

По всему этомъ незаконныя дѣйствія служащаго, кромѣ имущественнаго вреда и вреда, обусловливающаго уголовныя кары, могутъ причинять вредъ еще третьяго рода: нарушеніе должнаго порядка службы. Какъ первыми двумя видами вреда обусловливаются соотвѣтственно гражданская и уголовная отвѣтственность, такъ вредомъ служебному порядку обусловливается дисциплинарная отвѣтственность. Гражданская и уголовная отвѣтственность падаетъ на служащихъ наравнѣ съ частными лицами, дисциплинарная — касается однихъ только служащихъ, и вотъ взаимное соотношеніе уголовной и дисциплинарной отвѣтственности возбуждаетъ и до сихъ поръ въ литературѣ большія сомнѣнія.

Многіе совершенно отвергаютъ всякое принципіальное различіе между ними. И та, и другая представляется имъ осуществленіемъ все той же карательной власти. Вся особенность дисциплинарныхъ взысканій, по ихъ мнѣнію, въ томъ, какъ они налагаются: судебнымъ порядкомъ, или нѣтъ.

Такъ, Бернеръ видитъ единственный отличительный признакъ дисциплинарныхъ проступковъ въ томъ, что они «вѣдаются не уголовнымъ судомъ, а только дисциплинарнымъ вѣдомствомъ» [1]). Изъ государствовѣдовъ всего рѣшительнѣе высказываетъ такой взглядъ Георгъ Мейеръ. «Всякое нарушеніе служебнаго долга,—говоритъ онъ,— характеризуется, какъ наказуемое дѣяніе, какъ преступное дѣяніе по службѣ. Но наказуемость такихъ дѣяній можетъ быть двоякая: уголовная и дисциплинарная. Болѣе тяжкія преступныя дѣянія по службѣ, съ болѣе точнымъ опредѣленіемъ ихъ состава, облагаются уголовнымъ уложеніемъ

[1]) Учебникъ уголовнаго права, т. II, стр. 291.

болѣе строгими наказаніями, именно лишеніемъ свободы. Ихъ называютъ должностными преступленіями. Осужденіе должностнаго лица за такія дѣянія можетъ имѣть мѣсто лишь въ порядкѣ обыкновеннаго уголовнаго судопроизводства. Всѣ другія, спеціально нефиксированныя, нарушенія служебнаго долга суть служебные проступки въ собственномъ смыслѣ. Они преслѣдуются не судебнымъ, а дисциплинарнымъ порядкомъ. Принципіальной границы между ними не существуетъ» [1]).

Не трудно, однако, убѣдиться въ совершенной несостоятельности такого воззрѣнія. Наложеніе наказанія судомъ вовсе не составляетъ необходимой принадлежности уголовныхъ наказаній. Наложеніе ихъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставляется административнымъ органамъ и оттого они не перестаютъ быть уголовными наказаніями; напримѣръ, тюрьма или крѣпость, и въ томъ случаѣ, когда въ мѣстностяхъ, состоящихъ въ положеніи чрезвычайной охраны, онѣ налагаются не судомъ, а административнымъ порядкомъ, не получаютъ отъ этого свойства дисциплинарнаго взысканія. И насборотъ, взысканія, налагаемыя судомъ на лицъ, нарушающихъ порядокъ засѣданія, имѣютъ дисциплинарный, а не уголовный характеръ.

Точно также нельзя найти основаніе различія уголовныхъ наказаній и дисциплинарныхъ взысканій въ ихъ большей или меньшей тяжести. И уголовные кодексы установляютъ наряду съ тяжкими такія легкія карательныя мѣры, какъ арестъ и денежныя пени. Изъ дисциплинарныхъ взысканій есть гораздо болѣе тяжкія, какъ, напримѣръ, удаленіе отъ службы.

Другіе идутъ нѣсколько дальше и усматриваютъ различіе дисциплинарныхъ взысканій и уголовныхъ наказаній не въ одномъ порядкѣ ихъ наложенія, судебномъ и не-судебномъ, а въ различіи самихъ субъектовъ карательной власти.

«Рядомъ съ наказаніями по суду,—говоритъ проф. Таганцевъ,—мы встрѣчаемся съ разнообразными взысканіями, налагаемыми различными лицами и учрежденіями, имѣющими иногда даже частый характеръ: семьею, начальствомъ какого-нибудь учебнаго заведенія, совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ, старшинами клуба и т. д. Власти, примѣняющія такія взысканія, подводятся подъ общее понятіе властей дисциплинарныхъ и ихъ дѣятельность не только дополняетъ, но иногда и ограничиваетъ карательную власть государства. Эти дисциплинарныя власти могутъ быть сведены къ двумъ типамъ: 1) возникшія до государства и помимо его воли, какъ семья, церковь, и 2) вызванныя къ жизни государствомъ [2]). Къ этому второму типу относится дисципли-

[1]) Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1895, §§ 453, 454.

[2]) Карательная дѣятельность государства и ея границы, Журн. гражд. и угол. права 1882, № 1, стр. 9.

нарная власть въ школѣ, въ арміи, въ собраніяхъ, въ клубахъ [1]), а также «власть дисциплинарная надъ служащими гражданскаго вѣдомства» [2]).

Еще опредѣленнѣе развиваетъ ту же мысль г. фонъ-Резонъ: «Ежедневный опытъ насъ убѣждаетъ, что, помимо государственныхъ наказаній, возможна еще карательная дѣятельность другого рода. Человѣческая жизнь не исчерпывается отношеніями нашими къ государству. Мы рождаемся членами извѣстной семьи, извѣстнаго сословія, мы входимъ въ сношенія съ частными лицами; мы становимся членами разныхъ союзовъ или учрежденій; мы поступаемъ на государственную службу и тѣмъ входимъ въ особыя отношенія къ государственной власти и т. д. Всѣ эти сношенія даютъ намъ спеціальныя права и налагаютъ на насъ обязанности. Несомнѣнно, что нарушенія ихъ должны вызвать реакцію, которая, однако, въ виду свойства самыхъ нарушеній, можетъ исходить не отъ государства, а лишь отъ тѣхъ лицъ или союзовъ, противъ благъ которыхъ они были направлены. Даже само государство, въ тѣхъ случаяхъ, когда оно имѣетъ дѣло съ нарушеніями со стороны своихъ агентовъ одного служебнаго порядка, отказывается отъ своей карательной функціи, т. е. налагаетъ на нихъ взысканіе не въ общемъ уголовномъ порядкѣ, а создаетъ для этой цѣли особые органы, особое производство и даже отчасти особыя взысканія. Такимъ образомъ, рядомъ съ общими преступленіями, наказуемыми государствомъ въ силу принадлежащаго ему jus puniendi, существуетъ цѣлая область нарушеній, различающихся отъ нихъ какъ самымъ содержаніемъ защищаемыхъ благъ, такъ и *держателемъ* карательнаго права» [3]).

За послѣднее время и въ нѣмецкой литературѣ это воззрѣніе нашло себѣ представителя—въ лицѣ Прегера [4]). По его мнѣнію, т. н. полицейскія взысканія (Ordnungsstrafe) и дисциплинарныя взысканія составляютъ лишь частныя подраздѣленія общаго понятія *автономныхъ наказаній* (autonome Strafe), въ отличіе отъ *публично-правовыхъ* или *уголовныхъ* наказаній (öffentlich-rechtliche Strafe, Criminalstrafe). Уголовное наказаніе налагается государствомъ за нарушенія публичнаго правопорядка; автономное наказаніе налагается отличнымъ отъ государства, какъ носителя карательной власти, правовымъ союзомъ (Rechtskreis) за нарушенія его собственныхъ правъ или интересовъ. Подобно тому, какъ *автономіей* называется право подданныхъ самимъ установлять право для ихъ собственныхъ отношеній, такъ Прегеръ думаетъ назвать автономнымъ

---

[1]) Тамъ же, стр. 38, 42, 49.

[2]) Тамъ же, стр. 45.

[3]) О дисциплинарномъ правѣ, Журн. гражд. и угол. права 1889, № 7, стр. 1.

[4]) Preger, K. Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, Archiv für öffentl. Recht. 1892, B. VII, Heft 3, 365—426.

карательнымъ правомъ полномочіе отдѣльныхъ правовыхъ союзовъ самимъ облагать наказаніемъ нарушенія ихъ особыхъ интересовъ. Какъ автономія отличается, съ одной стороны, отъ закона, съ другой—отъ договора, такъ автономное наказаніе отличается одинаково и отъ уголовнаго, и отъ договорнаго наказанія (Conventionalstrafe) [1]).

Различіе дисциплинарныхъ и полицейскихъ наказаній Прегеръ видитъ въ томъ, что дисциплинарныя налагаются только на лицъ, принадлежащихъ къ данному правовому союзу, налагающему наказанія; полицейскія же—и на постороннихъ [2]).

Дисциплинарныя взысканія съ состоящихъ на государственной службѣ также относятся къ автономнымъ, а не къ уголовнымъ наказаніямъ, потому что государство, какъ носитель карательной власти, есть субъектъ права, нетождественный съ служебной іерархіей, порядокъ которой охраняется дисциплинарной отвѣтственностью [3]).

Сравнивая между собой воззрѣнія проф. Таганцева и фонъ-Резона, съ одной стороны, и Прегера—съ другой, мы замѣчаемъ между ними довольно существенное различіе. Гг. Таганцевъ и фонъ-Резонъ отождествляютъ автономную карательную власть съ дисциплинарной. Съ ихъ точки зрѣнія дисциплинарной будетъ всякая карательная власть, сохраненная государствомъ за какимъ-либо или предоставленная имъ какому-либо общественному союзу или установленію. Прегеръ не отождествляетъ автономной и дисциплинарной карательной власти, а подводитъ дисциплинарную власть, какъ видовое понятіе. подъ общее понятіе автономной карательной власти. По его ученію, отличительный признакъ дисциплинарной власти состоитъ въ томъ, что она предполагаетъ особое отношеніе подчиненности.

Отождествленія всякаго осуществленія карательной власти не государствомъ съ властью дисциплинарной нельзя допустить уже потому, что бываютъ случаи осуществленія другими, кромѣ государства, общественными союзами одновременно и уголовно-карательной и дисциплинарной власти. Наиболѣе яркій примѣръ такого рода представляетъ церковь: наряду съ дисциплинарной властью она получила отъ государства въ извѣстомъ объемѣ и уголовно-карательную власть. «Церковь, говоритъ проф. Горчаковъ, по уполномочію отъ государства пріобрѣтала власть судить и наказывать преступныя дѣянія своихъ членовъ, не только какъ нарушенія правилъ церкви, но какъ преступленія уголовныя» [4]).

---

[1]) Тамъ же, стр. 380.

[2]) Тамъ же, стр. 399.

[3]) Тамъ же, стр. 379.

[4]) Научная постановка церковно-суднаго права, Сборникъ госуд. знаній, т. II, 1875, стр. 261.

Такую уголовно-карательную власть церкви проф. Горчаковъ не признаетъ «согласною и совмѣстною съ вѣроученіемъ православной христіанской церкви о существѣ судной церковной власти; такая власть никогда не была устанавливаема правилами законодательства вселенской церкви; она—институтъ государственный, вносимый въ устройство церкви извнѣ; слѣдовательно обладать уголовною властью не составляетъ для церкви необходимости». Напротивъ, дисциплинарная или, какъ ее именно называетъ проф. Горчаковъ, «церковно-общественная судная власть», заключающаяся только въ мѣрахъ «лишенія членовъ церкви церковныхъ правъ и благъ и въ назначеніи имъ благочестивыхъ упражненій», есть «необходимое въ церкви средство для сохраненія и поддержанія церковной жизни въ нормальномъ ея состояніи». Необходимость для церкви такой власти «является неизбѣжнымъ результатомъ христіанскаго ученія о нравственномъ строѣ и о нравственныхъ взаимныхъ отношеніяхъ ея членовъ» [1]).

Если такимъ образомъ и другіе общественные союзы наряду съ государствомъ могутъ осуществлять совмѣстно и уголовно-карательную, и дисциплинарную власть, то эту послѣднюю, очевидно, нельзя опредѣлять, какъ карательную власть, осуществляемую не государствомъ.

Прегеръ думаетъ отклонить это возраженіе, признавая дисциплинарною не всякую автономную карательную власть, а только ту, которая предполагаетъ особое отношеніе подчиненности. Но этотъ признакъ очень неясенъ. Если какой-либо общественный союзъ или установленіе надѣляется правомъ осуществленія карательной власти, то всѣ, на кого распространяется эта власть, по необходимости, окажутся въ особомъ отношеніи подчиненія.

Независимо отъ этихъ частныхъ доводовъ, всѣ теоріи этой группы вызываютъ противъ себя и общія возраженія.

Дисциплинарная отвѣтственность не исключаетъ вовсе уголовной, а можетъ съ нею соединяться. Даже оправданный уголовнымъ судомъ можетъ быть подвергнутъ дисциплинарному взысканію и vice versa. Если бы дисциплинарная отвѣтственность была только частной формой уголовной отвѣтственности, такое ихъ соотношеніе представляло бы непримиримое противорѣчіе съ началомъ ne bis in idem.

Между тѣмъ на практикѣ допустимость такого совмѣщенія уголовной и дисциплинарной отвѣтственности представляется необходимой. Дѣянія, вовсе не предусмотрѣнныя уголовнымъ закономъ или, по началамъ уголовнаго права, не могущія быть вмѣненными въ вину, нерѣдко совершенно не мирятся съ требованіями служебной дисциплины. Сами по себѣ неприступныя, они могутъ все-таки подрывать подобающій орга-

[1]) Тамъ же, стр. 252, 253, 258.

намъ власти авторитетъ, или дѣлать ихъ предметомъ насмѣшекъ и презрѣнія со стороны общества. Въ такихъ случаяхъ и оправданный уголовнымъ судомъ, какъ нетерпимый болѣе на службѣ, долженъ подвергнуться высшему дисциплинарному взысканію—удаленію отъ должности. Точно также къ наложенному уголовнымъ судомъ наказанію, въ интересахъ поддержанія порядка службы, дисциплинарная власть можетъ присоединять за то же самое дѣяніе дополнительныя взысканія.

Уже одинъ фактъ совмѣстимости уголовныхъ наказаній и дисциплинарныхъ взысканій дѣлаетъ невозможнымъ видѣть въ тѣхъ и другихъ лишь высшую и низшую форму одной и той же уголовной отвѣтственности. Если за одно и то же дѣяніе служащій можетъ подвергнуться одновременно и уголовному и дисциплинарному преслѣдованію, очевидно, тутъ различіе не въ томъ только, предъ кѣмъ и какъ отвѣчать, а въ самыхъ свойствахъ отвѣтственности.

Невозможность различать уголовную и дисциплинарную отвѣтственность только по различію субъектовъ, осуществляющихъ будто-бы одну и ту же уголовно-карательную функцію, всего нагляднѣе сказывается именно относительно служебной дисциплины. Въ другихъ формахъ дисциплины, напримѣръ, семейной, школьной, церковной сословной, профессіональной и т. п., носителемъ дисциплинарной власти является по крайней мѣрѣ дѣйствительно отличный отъ государства субъектъ: семья, школа, церковь, сословная или профессіональная корпорація. Но въ отношеніи къ состоящимъ на государственной службѣ, субъектомъ и дисциплинарной власти будетъ все то же государство, какъ и субъектомъ уголовно-карательной власти. Нигдѣ дисциплинарная отвѣтственность состоящихъ на государственной службѣ не организуется въ видѣ проявленія власти самаго чиновничества, какъ обособленной и объединенной профессіональной корпораціи. Вездѣ, напротивъ, служащій и въ дисциплинарныхъ дѣлахъ отвѣчаетъ не предъ своими сотоварищами, не предъ сословіемъ чиновниковъ, а предъ органами государственной власти. Учрежденія, осуществляющія дисциплинарную власть надъ служащими, вовсе не имѣютъ характера органовъ сословія чиновниковъ, бюрократіи, какъ цѣлаго, обособленнаго отъ государства, а напротивъ, организуются и дѣйствуютъ, какъ органы государства, сохраняя вполнѣ правительственный и начальственный характеръ.

Поэтому, какъ бы кто ни смотрѣлъ на возможность отличить другія формы дисциплинарной власти по субъектамъ, ее осуществляющимъ, къ дисциплинѣ государственной службы такая точка зрѣнія неприложима: субъектъ дисциплинарной власти надъ служащими — не какой-нибудь особенный, а то же самое государство.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на различіе въ самомъ юридическомъ характерѣ уголовнаго правосудія и служебной дисциплины.

Уголовно-карательная функція государства составляетъ для него не только право, но и обязанность. Органы государственной власти не только *могутъ*, но и *должны* преслѣдовать уголовныхъ преступниковъ. Въ самомъ проектѣ уголовнаго уложенія установляется наказуемость «невозбужденія служащимъ, вопреки его обязанности, уголовнаго преслѣдованія» (ст. 549, п. 1), но только *уголовнаго* преслѣдованія. Подобное бездѣйствіе относительно дисциплинарнаго преслѣдованія проектъ не облагаетъ наказаніемъ, и совершенно правильно. Карательная репрессія осуществляется не въ однихъ только собственныхъ интересахъ власти, а въ общихъ интересахъ всей народной жизни. Поэтому уголовное преслѣдованіе для органовъ власти—не только право, но и обязанность. Служебная дисциплина, напротивъ, служитъ исключительно интересамъ правильнаго устройства и правильной дѣятельности самихъ органовъ власти, и потому осуществленіе дисциплинарной власти является для нихъ только правомъ, а не обязанностью, которую бы надо было охранять карательной санкціей.

Все это приводитъ насъ къ убѣжденію въ неправильности отождествленія дисциплинарной отвѣтственности съ уголовной.

Дисциплинарную отвѣтственность сближаютъ не только съ уголовной, но также съ гражданской и съ административной. Первыя попытки такого построенія теоріи дисциплинарной отвѣтственности встрѣчаются въ нѣмецкой литаратурѣ тридцатыхъ годовъ.

Таковы, напримѣръ, воззрѣнія Геффтера [1]). «Не всякое страданіе,—говоритъ онъ,—причиняемое подданному за его образъ дѣйствія общественною властью, есть наказаніе. Наказаніемъ въ юридическомъ смыслѣ будетъ лишь страданіе, налагаемое судьей за признанное преступленіе для общественнаго удовлетворенія (zur öffentlichen Genugthuung). Наряду съ карательною властью государству можетъ также принадлежать примѣненіе особыхъ воспитательныхъ и исправительныхъ мѣръ, если воспитаніе и исправленіе лица включается въ кругъ государственныхъ задачъ, или особое добровольное подчиненіе управомочиваетъ къ тому государство. Во внѣшнемъ своемъ проявленіи эти мѣры могутъ приближаться къ настоящимъ наказаніямъ, не принимая однако вполнѣ ихъ природы».

Дисциплинарныя мѣры отличаются, частью по своей основѣ, частью

---

[1]) Hefftter, A. G. Verbrechen und Disciplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener, Neues Archiv des Criminalrechts, B. XIII, Halle, 1833. На эту статью Геффтера ссылаются всѣ пишущіе о различіи уголовной и дисциплинарной отвѣтственности, но по какому-то недоразумѣнію видятъ въ ней первое выраженіе ученія, отождествляющаго эти виды отвѣтственности. Изъ послѣдующаго, нарочно нѣсколько болѣе подробнаго, изложенія воззрѣній Геффтера читатель можетъ судить, насколько это соотвѣтствуетъ истинѣ.

по формѣ, такъ какъ онѣ предполагаютъ не дѣйствительное преступленіе, а только неправильность или эксцессъ, и должны служить не общественному удовлетворенію, а лишь обезпеченію и сохраненію въ надлежащей чистотѣ государственной службы, почему онѣ и не допускаютъ публичнаго осуществленія въ дѣйствующихъ на воображеніе формахъ [1]). Поэтому отнесеніе дисциплинарныхъ проступковъ къ уголовному праву, какъ это дѣлало прусское земское право, Геффтеръ считалъ неправильнымъ. Уголовная отвѣтственность должна быть ограничена, какъ это и принято въ баварскомъ законодательствѣ, только тѣми случаями, когда нарушеніе служебнаго долга совершается намѣренно съ противозаконными цѣлями или причиняетъ кому-либо вредъ [2])

Дисциплинарныя мѣры онъ раздѣляетъ на мѣры низшей или исправительной дисциплины (замѣчанія, выговоры, пени, арестъ, временное удаленіе отъ должности) и мѣры дисциплины высшей или очистительной (смѣщеніе на низшую должность и отрѣшеніе отъ должности). Низшая дисциплина находитъ себѣ общую основу въ служебной іерархіи; осуществленіе ея есть чисто-административное, а не судебное дѣло, и было бы несообразно возлагать его на органы судебной власти. Что же касается высшей, очистительной дисциплины, то присвоивать ее органамъ управленія можно только тамъ, гдѣ удаленіе служащихъ предоставлено всецѣло произволу правительства. Если же за служащими признается право на занимаемыя ими должности, то осуществленіе очистительной дисциплины есть не административное, а судебное дѣло [3]). Смѣщеніе съ должности и отрѣшеніе отъ нея, соединенныя съ потерей содержанія, такъ существенно затрогиваютъ частныя права, что они могутъ быть опредѣлены только судомъ, [4]) и притомъ *судомъ гражданскимъ*, такъ какъ тутъ дѣло идетъ объ уничтоженіи если не контракта, то во всякомъ случаѣ bona fide установленнаго какъ-бы контракта, а это такая же causa civilis, какъ удаленіе тутора или куратора propter suspiciones. Если же рѣшеніе въ этихъ дѣлахъ будетъ предоставлено уголовному суду, опредѣленія его объ отрѣшеніи отъ должности не должны имѣть значенія наложенія наказаній [5]).

Признавая принципіальное различіе между наказаніями и дисциплинарными мѣрами, Геффтеръ послѣдовательно выводитъ отсюда, что оправданный уголовнымъ судомъ можетъ за то же самое дѣяніе быть подвергнутъ дисциплинарнымъ мѣрамъ. Напротивъ, въ случаѣ осужденія уголовнымъ судомъ, опредѣленныя имъ наказанія не могутъ, по

[1]) Тамъ же, стр. 80.
[2]) Тамъ же, стр. 74.
[3]) Тамъ же, стр. 76.
[4]) Тамъ же, стр. 81.
[5]) Тамъ же, стр. 177, 178, 199, 193.

мнѣнію Геффтера, быть усиливаемы наложеніемъ за то же дѣяніе дисциплинарныхъ взысканій [1]).

Въ позднѣйшей своей статьѣ, отмѣчая, что нѣмецкое законодательство пятидесятыхъ годовъ признаетъ карательную и дисциплинарную власть вполнѣ самостоятельными функціями, Геффтеръ указываетъ также на возможность примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ и за такія дѣянія, за которыя уголовное преслѣдованіе допускается только по частой жалобѣ [2]).

Отъ подобнаго же, какъ и Геффтеръ, сближенія дисциплинарной отвѣтственности съ гражданскою отправляется въ современной литературѣ Лабандъ. По его мнѣнію, «не смотря на большое внѣшнее сходство между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ, такъ какъ оба осуществляются посредствомъ наказанія, понятіе дисциплинарнаго права можно выяснить чрезъ противоположеніе и сравненіе его не съ правомъ уголовнымъ, а съ правомъ гражданскимъ. Понятіе это совпадаетъ съ противоположеніемъ договорно-обязательственныхъ отношеній и отношеній власти. Рѣшающее значеніе имѣетъ при этомъ то, что дисциплинарныя послѣдствія нарушенія долга основаны не на публичной карательной власти государства, а на его господствѣ надъ служащими (Dienstherrlichkeit), на отношеніи властвованія между государствомъ и служащимъ. Дисциплинарныя взысканія не суть наказанія въ смыслѣ уголовнаго права, а мѣры поддержанія подчиненія и порядка въ служебныхъ отношеніяхъ и обезпеченія исполненія служебныхъ обязанностей. Въ договорныхъ отношеніяхъ каждый участникъ имѣетъ противъ другихъ право иска объ исполненіи или о возмѣщеніи интереса, связаннаго съ неисполненіемъ или съ неподлежащимъ исполненіемъ. При отношеніяхъ же службы или власти мѣсто требованія занимаетъ приказъ, мѣсто иска—принужденіе. Дисциплинарная власть есть право осуществлять это принужденіе. Она существовала въ средніе вѣка противъ ленниковъ и министеріаловъ; она существовала до послѣдняго времени противъ крѣпостныхъ и слугъ; она существуетъ и теперь, какъ власть родителей и учителей, какъ власть капитана надъ экипажемъ, въ арміи и флотѣ. Въ этомъ заключается и сущность дисциплинарной власти государства надъ своими служащими; это средство принужденія къ исполненію служебнаго долга. Государство не нуждается для этого въ искѣ предъ судами, такъ какъ оно противостоитъ служащимъ, не какъ равный имъ, а какъ господствующій надъ ними. Гражданскій искъ и не могъ бы принести ему никакой пользы, такъ какъ вредъ, причиняемый неисполненіемъ служебнаго долга, лишь въ рѣдкихъ

---

[1]) Тамъ же, стр. 171—175.

[2]) Die strafrechtliche und disciplinarische Stellung der Staats-und Kirchendiener, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1853, III, S. 430—431.

случаяхъ можетъ быть оцѣненъ на деньги. Съ другой стороны, государство имѣетъ только дисциплинарную власть; ему не принадлежитъ противъ служащихъ право иска объ исполненіи ихъ служебнаго долга.

Итакъ, дисциплинарная отвѣтственность замѣняетъ собою не уголовную, а гражданскую отвѣтственность. Правило ne bis in idem не нарушается, если дисциплинарная отвѣтственность примѣняется вмѣстѣ съ уголовной, но было бы нарушено, если бы государство, наряду съ дисциплинарной властью, имѣло еще и право иска объ исполненіи служебнаго долга. Дисциплинарныя взысканія ограничиваются рамками основанной на служебномъ отношеніи власти и не имѣютъ ничего общаго съ уголовными наказаніями; только случайно относятся къ тѣмъ и другимъ денежныя пени. Уголовная давность не касается дисциплинарной отвѣтственности. Затѣмъ, составъ т. н. дисциплинарныхъ нарушеній не тотъ, что преступныхъ дѣяній; нельзя составить перечня дисциплинарныхъ провинностей. Всякое сознательное нарушеніе служебнаго долга есть дисциплинарная провинность или, лучше сказать, способно вызвать реакцію служебнаго начальства посредствомъ его дисциплинарной власти. Наконецъ, осуществленіе дисциплинарной власти—право, а не обязанность государства, подобно тому, какъ и осуществленіе требованія есть право, а не обязанность вѣрителя [1]).

Теоріи, сближающія дисциплинарную отвѣтственность съ гражданской, безъ сомнѣнія, представляютъ нѣкоторыя преимущества сранительно съ теоріями, отождествляющими ее съ уголовной отвѣтственностью. Онѣ, прежде всего, не противорѣчатъ факту совмѣстимости уголовной и дисциплинарной отвѣтственности за одно и то же дѣяніе. Затѣмъ, ими не предполагается не существующее въ дѣйствительности различіе субъектовъ, осуществляющихъ уголовно-карательную и дисциплинарную власть. Наконецъ, уподобленіемъ дисциплинарной отвѣтственности вполнѣ объясняется факультативный характеръ функціи дисциплинарнаго преслѣдованія.

Слѣдовательно, теоріи эти удовлетворительно разрѣшаютъ вопросъ объ отношеніи дисциплинарной отвѣтственности къ уголовной, вполнѣ согласно съ фактической ихъ постановкой. Иное дѣло—отношеніе дисциплинарной отвѣтственности къ гражданской. Съ тѣмъ, какъ Лабандъ думаетъ разрѣшить данный вопросъ, никакъ нельзя согласиться. Онъ видитъ въ дисциплинарныхъ взысканіяхъ суррогатъ, замѣну гражданскаго иска, предполагая, что изъ служебнаго правоотношенія для государства не вытекаетъ въ отношеніи къ служащему право гражданскаго иска.

---

[1]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 3 Aufl. B. I, 1895, S. S. 439—443.

Однако, на дѣлѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда служащій, нарушая свой служебный долгъ, причиняетъ тѣмъ государству матеріальный, оцѣнимый на деньги, вредъ, онъ, кромѣ дисциплинарной, подлежитъ также и гражданской отвѣтственности.

Лабандъ представляетъ дѣло такъ, будто дисциплинарныя взысканія не что иное, какъ замѣняющія гражданскій искъ объ исполненіи обязательства мѣры принужденія служащаго къ дѣйствительному исполненію лежащимъ на немъ обязанностей. Но, какъ замѣтилъ Максъ Зейдель [1]), если бы это было въ самомъ дѣлѣ такъ, всѣ дисциплинарныя взысканія должны бы были налагаться всегда непосредственно начальствомъ провинившагося. Если же, какъ это бываетъ въ дѣйствительности, всѣ болѣе тяжкія взысканія налагаются особой дисциплинарной инстанціей, привлеченіе къ дисциплинарной отвѣтственности получаетъ характеръ уже не непосредственнаго принужденія къ исполненію, а своего рода иска, иска дисциплинарнаго, предъявленіе котораго вызываетъ разрѣшеніе *юридическаго* вопроса о допустимости въ данныхъ условіяхъ дисциплинарнаго взысканія.

Наконецъ, противъ ученія Лабанда говоритъ и то, что высшую мѣру дисциплинарнаго взысканія — удаленіе отъ должности — никакъ нельзя подвести подъ понятіе мѣръ принужденія къ исполненію служебнаго долга. Удаляя служащаго отъ должности, не только не принуждаютъ его къ исполненію лежащихъ на немъ по должности обязанностей, но даже прямо лишаютъ его возможности къ тому.

Ремъ [2]), въ общемъ примыкая къ воззрѣнію Лабанда, видитъ, однако, въ дисциплинарныхъ мѣрахъ замѣну не гражданскаго, а административнаго иска.

Права начальства въ отношеніи къ служащимъ, говоритъ онъ, имѣютъ публичный характеръ. Поэтому во вполнѣ законченномъ правовомъ государствѣ, при неисполненіи служащимъ своего служебнаго долга, имѣющее надъ ними право надзора начальство должно бы было предъявлять къ нему искъ въ административномъ судѣ. Но, въ дѣйствительности, нигдѣ компетенція административныхъ судовъ не распространяется на требованія начальства, вытекающія изъ служебныхъ отношеній. Напротивъ, служащій, виновный въ нарушеніи своего долга или оказавшій себя по своему поведенію на службѣ или внѣ службы недостойнымъ уваженія и довѣрія, подобающимъ его положенію, подвергается дисциплинарнымъ взысканіямъ. Дисциплина предполагаетъ подчиненіе и порядокъ (Zucht und Ordnung); поэтому и цѣль дисциплинарныхъ взысканій составляетъ поддержаніе подчиненія и порядка. Дисциплинарныя

[1]) Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht, B. III, 1887, S. 480.

[2]) Rehm, Die rechtliche Natur des Stratsdienstes nach deutschem Staatsrecht (Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1885, S. 65).

взысканія не представляютъ разновидности уголовныхъ наказаній, а занимаютъ свое особое мѣсто наряду съ уголовными, церковными и отеческими карами.

Въ дѣйствительности, однако, между дисциплинарными взысканіями и административнымъ искомъ нѣтъ ничего общаго. Различіе ихъ вовсе не въ томъ, что административный искъ исходитъ только отъ частныхъ лицъ. Правительственный надзоръ за дѣятельностью органовъ самоуправленія можетъ осуществляться также въ формѣ административныхъ исковъ. Такой порядокъ надзора за земскими учрежденіями былъ установленъ положеніемъ 1864 г., да и теперь передача губернаторомъ дѣла на разсмотрѣніе губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія (Пол. зем. учр., ст. 88) имѣетъ подобный же характеръ, такъ какъ присутствія эти являются органами административной юстиціи. Существованіе такой формы надзора не мѣшаетъ, однако, установленію дисциплинарной отвѣтственности земскихъ должностныхъ лицъ.

Различіе служебной дисциплины и административной юстиціи гораздо глубже и существеннѣе. Предметъ административнаго иска—не личная отвѣтственность виновнаго, а только отмѣна незаконнаго постановленія. Дисциплинарная отвѣтственность есть, напротивъ, личная отвѣтственность виновнаго и ничего общаго съ отмѣной незаконныхъ постановленій не имѣетъ. Дисциплинарныя взысканія очень часто налагаются за такого рода образъ дѣйствія, который къ незаконнымъ постановленіямъ, подлежащимъ отмѣнѣ, никакого отношенія не имѣетъ, напр., взысканія за грубость, за пьянство, за несовмѣстное съ достоинствомъ службы поведеніе въ частной жизни. И въ самомъ идеальномъ «правовомъ» государствѣ административный искъ въ подобныхъ случаяхъ невозможенъ.

II.

Итакъ, въ дисциплинарной отвѣтственности нельзя видѣть замѣну или особенную форму ни уголовной или гражданской отвѣтственности, ни административныхъ исковъ. Остается предположить, что дисциплинарная отвѣтственность принципіально отличается отъ всѣхъ другихъ видовъ отвѣтственности. Но въ чемъ же ея принципіальное отличіе? И этотъ вопросъ находитъ себѣ въ современной литературѣ довольно разнообразные отвѣты.

Мы видѣли, что по ученію Лабанда гражданскій искъ въ отношеніи къ неисправнымъ служащимъ замѣняется дисциплинарными взысканіями вслѣдствіе особенности юридической природы служебнаго отношенія, какъ отношенія властвованія. Но уподобленіе дисциплинарныхъ взысканій какъ гражданскому, такъ и административному искамъ, оказывается неправильнымъ. Отсюда само собой является предположеніе: нельзя ли

прійти къ выясненію своеобразной природы дисциплинарной отвѣтственности, отказавшись отъ всякаго уподобленія ея уголовному, гражданскому или административному иску и признавъ основой ея существованіе какъ-бы особой «дисциплинарной неправды», обусловленной наличностью между данными субъектами отношенія властвованія.

Такъ именно и думаютъ разрѣшить вопросъ Лабесъ и Еллинекъ.

По мнѣнію Лабеса [1]), дисциплинарная власть есть слѣдствіе всякаго отношенія властвованія, все равно — частно-правоваго или публично-правоваго. Выясненіе вопроса, есть ли данное отношеніе — отношеніе властвованія (Gewaltsverhältniss) или нѣтъ, требуетъ тщательнаго разбора постановленій положительнаго права. Во многихъ случаяхъ вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ только въ зависимости отъ наличности или отсутствія дисциплинарной власти. Уголовно-карательная и дисциплинарная власти — двѣ различныя власти. Одна основана на общемъ подчиненіи подданныхъ государству, другая—на участіи въ какомъ-либо спеціальномъ отношеніи властвованія. Такъ какъ властвующимъ и въ такихъ особенныхъ отношеніяхъ можетъ быть также государство, то государству въ отношеніи къ однимъ и тѣмъ же лицамъ можетъ принадлежать двоякаго рода карательная власть: уголовная и дисциплинарная. Такъ бываетъ при нахожденіи кого-либо въ государственныхъ учебныхъ заведеніяхъ, мѣстахъ заключенія, а также при состояніи на государственной службѣ. Уголовная и служебно-дисциплинарныя власти государства совершенно самостоятельны и независимы другъ отъ друга, такъ какъ имѣютъ своимъ предположеніемъ нарушеніе совершенно различнаго круга обязанностей: общихъ обязанностей подданныхъ и особенныхъ обязанностей служащихъ. Наказуемость нарушенія первыхъ можетъ быть установлена только закономъ, дисциплинарныя взысканія за нарушеніе послѣднихъ—и указомъ.

Какъ видитъ читатель, Лабесъ своими объясненіями впадаетъ въ безъисходный кругъ. Отличительный признакъ дисциплинарной власти заключается, по его словамъ, въ томъ, что власть эта основана всегда на особыхъ отношеніяхъ—властвованія, а единственный надежный признакъ такихъ отношеній опять-таки та же дисциплинарная власть.

Еллинекъ пытается уйти отъ такого затрудненія, установляя различіе между господствомъ (Herrschaft) и властвованіемъ (Gewalt). Господство принадлежитъ только государству. Оно отличается безусловнымъ характеромъ и безсрочно. Никто, находясь на территоріи государства, не можетъ уйти отъ подчиненія его господству. Государство можетъ каждаго и противъ его воли удерживать подъ своимъ господ-

---

[1]) Labes, Die Disciplinargewalt des Staates über seine Beamten (Hirth, Annalen des deutschen Reichs, 1889, S. 251—253).

ствомъ. Властвованіе, напротивъ, условно и ограничено временемъ. Оно можетъ принадлежать и не государству. Властвуетъ отецъ семьи, община, корпорація, церковь и т. д. Но точно также и само государство, наряду съ своимъ общимъ правомъ господства, можетъ пріобрѣтать въ отношеніи къ опредѣленнымъ лицамъ особыя права властвованія. Таково именно отношеніе государства къ служащимъ. Оно господствуетъ надъ ними напротивъ, какъ надъ гражданами, какъ надъ служащими, оно только властвуетъ надъ ними. Это властвованіе условно, оно длится, покуда длится служебное отношеніе. Поэтому условна и вытекающая изъ отношенія властвованія дисциплинарная власть властвующаго надъ подвластными: высшая дисциплинарная мѣра есть исключеніе изъ службы. Этимъ дисциплинарная власть отличается отъ безусловной неограниченной власти, распространяющейся и на жизнь человѣка и основанной на принадлежашемъ государству абсолютномъ господствѣ, imperium [1]).

Съ такимъ опредѣленіемъ государственнаго господства въ отличіе отъ отношеній властвованія, служащихъ основой дисциплинарной власти, едва-ли можно согласиться. Въ настоящее время государства уже не признаютъ началъ вѣчнаго подданства. Всякій можетъ выйти изъ подданства даннаго государства и перейти въ подданство другого. Правда, иногда для этого требуется особое разрѣшеніе: у насъ, даже Высочайшее соизволеніе. Но и служащій не можетъ самовольно оставлять службы. «Никто не можетъ, говоритъ ст. 764 уст. служб. прав., самовольно оставить своего мѣста или прекратить исполненіе обязанностей, съ службою его сопряженныхъ, прежде, нежели объявлено ему будетъ законное отъ оной увольненіе». Но мало того, и прежде и теперь существуетъ не только добровольная государственная служба, но и обязательная, съ характеромъ повинности. Воинскіе чины, отбывающіе службу, какъ обязательную повинность, тѣмъ не менѣе подлежатъ не одной уголовной, но и дисциплинарной отвѣтственности.

Съ другой стороны, дисциплинарное взысканіе иногда налагается такими субъектами, властвованіе которыхъ надъ подвергающимися дисциплинарнымъ взысканіямъ ни въ чемъ другомъ болѣе не выражается: таково, напр., отношеніе предсѣдателя публичнаго собранія къ присутствующей публикѣ. Нельзя сказать, чтобы дисциплинарная власть въ этомъ случаѣ основывалась на существующемъ между предсѣдателемъ и публикой особенномъ отношеніи властвованія, нельзя потому, что все ихъ отношеніе и исчерпывается этимъ правомъ дисциплинарныхъ взысканій. Примѣняя къ подобнымъ случаямъ теорію Еллинека, придемъ

---

[1]) Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 203—206.

къ ничего не объясняющему заключенію, что дисциплинарная власть сама изъ себя вытекаетъ.

Другіе видятъ основу особой дисциплинарной отвѣтственности въ особенностяхъ объекта дисциплинарныхъ провинностей, въ томъ, что дисциплинарная провинность есть нарушеніе служебнаго долга, а не посягательство на права или правовыя блага. Таково воззрѣніе изъ публицистовъ—Эдгара Ленинга, изъ криминалистовъ—Гарро, Гельшнера и Оппенгейма.

По мнѣнію Ленинга [1]), нарушеніе служебнаго долга само по себѣ не наказуемо уголовно. Уголовно наказуемы лишь тѣ нарушенія служебнаго долга, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ составляютъ посягательства и на другія правовыя блага, т. е. когда служащій, злоупотребляя предоставленной ему властью, или причиняетъ вредъ третьему лицу или доставляетъ себѣ самому противозаконную выгоду. Если же дѣяніе нарушаетъ только права государства на исполненіе служащимъ его служебнаго долга, другими словами—лишь условія и порядокъ государственной службы, это будетъ просто дисциплинарное нарушеніе.

Если принять такое опредѣленіе дисциплинарныхъ провинностей, придется признать противозаконное умышленное дѣяніе служащаго, не доставляющее ему самому выгоды и причиняющее вредъ не отдѣльнымъ гражданамъ, а государству, какъ цѣлому, только дисциплинарной провинностью, какъ бы ни былъ значителенъ причиненный государству вредъ.

Гельшнеръ [2]), допуская возможность и такихъ должностныхъ преступныхъ дѣяній, которыя представляютъ посягательства на права самого государства, нѣсколько иначе различаетъ объектъ уголовно-наказуемыхъ дѣяній и дисциплинарныхъ провинностей.

Должностной деликтъ (Amtsdelict) есть нарушеніе обязанности осуществлять связанную съ должностью власть (Amtsgewalt) только сообразно съ правомъ и закономъ. Въ чемъ заключается эта обязанность, не можетъ быть сомнительнымъ, и потому можно точно установить составъ каждаго должностнаго деликта. Законопротивное осуществленіе должностной власти можетъ состоять или въ посягательствѣ на права и интересы самой государственной власти, или въ нарушеніи правомѣрнаго отношенія государственной власти къ подчиненнымъ ей и, слѣдовательно, въ нарушеніи тѣмъ общаго государственнаго порядка. Должностной деликтъ представляетъ поэтому всегда противозаконное злоупотребленіе властью.

Дисциплинарная провинность есть нарушеніе обязанностей, составля-

---

[1]) Löning, Edgar, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 126. 127.

[2]) Das gemeine deutsche Strafrecht, II, 1887, S. 1014—1028.

ющихъ отношеніе служащаго къ государству. Такъ какъ на каждомъ служащемъ прежде всего лежитъ обязанность законом'Ьрнаго отправленія своей должности, то всякій должностной деликтъ есть вм'Ьстѣ съ тѣмъ и дисциплинарная провинность. Но на служащемъ лежатъ и другія обязанности, нарушеніе которыхъ не составляетъ злоупотребленія властью и не касается вовсе сообразнаго съ законами ея осуществленія.—Насколько д'Ьло идетъ объ обязанностяхъ правильнаго отправленія службы, ихъ можно еще опред'Ьлить въ отд'Ьльности. Напротивъ р'Ьшительно невозможно опред'Ьлить и юридически установить въ частности все то, чего требуютъ в'Ърность, подчиненіе и сообразное съ достоинствомъ должности поведеніе. Поэтому, при дисциплинарной репрессіи служебныхъ провинностей, р'Ьшеніе вопроса, составляетъ ли данный образъ д'Ьйствій служебную провинность, пришлось бы предоставить въ очень значительной степени судейскому усмотр'Ьнію.

Точно также Гарро [1]) видитъ существенное отличіе дисциплинарной власти отъ власти карательной въ томъ, что она им'Ьетъ ц'Ьлью обезпеченіе выполненія *профессіональныхъ обязанностей*. Поэтому дисциплинарная отв'Ьтственность можетъ им'Ьть м'Ьсто за всякое д'Ьйствіе, нарушающее обязанности, хотя-бы оно и не было напередъ предусмотр'Ьно закономъ. Задача дисциплинарныхъ м'Ъръ—въ исправленіи виновнаго и въ поддержаніи достоинства той корпораціи, къ которой онъ принадлежитъ. Дисциплинарный искъ (l'action disciplinaire) есть искъ sui generis, не им'Ьющій ничего общаго съ искомъ уголовнымъ и гражданскимъ. Если дисциплинарное нарушеніе есть вм'Ьстѣ съ тѣмъ и преступное или правонарушеніе гражданское, наложеніе дисциплинарнаго взысканія не можетъ служить препятствіемъ къ предъявленію гражданскаго или уголовнаго иска; точно также и наложеніе уголовнаго наказанія или присужденіе по гражданскому иску не устраняетъ возможности дисциплинарнаго взысканія за то же д'Ьяніе. Но для дисциплинарной власти обязательна та квалификація д'Ьянія, какая дана ему уголовнымъ судомъ.

Опенгеймъ основывается на различіи нарушеній долга и посягательствъ на правовыя блага. Дисциплинарныя нарушенія всегда заключаются въ нарушеніи долга,—долга, налагаемаго службой или какимъ-либо другимъ особеннымъ отношеніемъ, напримѣръ, отношеніемъ члена семьи къ главѣ семьи, слуги къ господину, ученика къ учителю или мастеру, матроса къ капитану судна и т. п. Служебный долгъ заключается въ обязанности какъ на служб'Ьѣ, такъ и вн'Ь ея д'Ьлать все, что требуется службой, и воздерживаться ото всего, что противор'Ьчитъ ея достоинству. Н'Ькоторые отд'Ьльные случаи нарушенія служебнаго долга могутъ быть напередъ предвид'Ьны и опред'Ьлены. Но въ безчисленныхъ

[1]) Garraud, Traité du droit pénal français. I, 1888, p. 124, 125.

случаяхъ вопросъ о томъ, чего требуетъ служебный долгъ, есть quaestio facti. Учрежденіямъ, вѣдающимъ дисциплинарныя дѣла, необходимо всегда предоставлять право судить ex arbitrio, имѣется ли на лицо въ каждомъ данномъ конкретномъ случаѣ нарушеніе служебнаго долга, или нѣтъ. Нравы, господствующіе въ данное время, взгляды, измѣненія политическихъ отношеній и другія, не поддающіяся напередъ опредѣленію, обстоятельства,—все это имѣетъ свое вліяніе, такъ что одно и то же дѣяніе то окажется нарушеніемъ служебнаго долга, то нѣтъ. По всему этому соблюденіе служебнаго долга не можетъ быть охраняемымъ уголовнымъ закономъ правовымъ благомъ. Уголовная охрана примѣнима лишь къ такимъ правовымъ благамъ, содержаніе которыхъ можетъ быть легко и ясно различимо; иначе невозможно будетъ опредѣленіе состава преступнаго дѣянія. Объектомъ же должностныхъ преступныхъ дѣяній являются тѣ правовыя блага, посягать на которыя могутъ только должностныя лица [1]).

Однако, самъ Оппенгеймъ тутъ же оговаривается, что законодатель можетъ «съ своей суверенной точки зрѣнія» и служебный долгъ сдѣлать объектомъ должностнаго преступленія, какъ это и имѣется во многихъ уголовныхъ кодексахъ [2]).

Чтобы принять подобное обоснованіе различія дисциплинарной и уголовной отвѣтственности, необходимо допустить возможность такихъ нарушеній служебныхъ обязанностей, которыя не суть вмѣстѣ съ тѣмъ правонарушенія, причемъ Ленингъ и Гарро понимаютъ подъ правонарушеніемъ нарушеніе закона, а Оппенгеймъ, согласно Биндингу,—нарушеніе охраняемыхъ правомъ интересовъ, правовыхъ благъ. И въ той и въ другой формѣ это ученіе вызываетъ серьезныя возраженія.

Положеніе служащихъ, ихъ права и обязанности опредѣляются закономъ, и во всякомъ случаѣ юридическими нормами, такъ или иначе установленными. Поэтому государственно-служебное отношеніе есть отношеніе юридическое. Вытекающія изъ него требованія въ отношеніи къ служащему имѣютъ юридическій характеръ правопритязаній. Всякій вопросъ объ этихъ требованіяхъ и соотвѣтствующихъ имъ обязанностяхъ есть вопросъ о правѣ. Отрицаніе юридическаго характера отношенія служащаго къ своему начальству поставило бы его въ безправое положеніе, противорѣчило бы, по справедливому замѣчанію Макса Зейделя [3]), признанію служащаго правоспособной личностью.

---

[1]) Oppenheim, L., Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886, S.S. 16, 17, 18.

[2]) Тамъ же, стр. 17. Der Gesetzgeber freilich mag sich von seinem souveränen Standpunkt aus über diese Bedenken hinweg setzen, er kann—wie dies thatsächlich in vielen Strafgesetzbüchern geschehen ist—die Amtspflicht als Objekt eines Verbrechen hinstellen.

[3]) Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht, B. III, 1887, S. 480.

Юридическій характеръ служебнаго отношенія не ослабляется тѣмъ, что законъ вмѣняетъ служащимъ въ обязанность возложенныя на нихъ должности исправлять не только «по существующимъ учрежденіямъ и уставамъ», но и «по приказаніямъ и наставленіямъ начальствъ» (ст. 714 Уст. служб. прав.), такъ какъ и приказанія начальства обязательны лишь подъ условіемъ ихъ законности. Въ административномъ вѣдомствѣ ближайшее опредѣленіе обязанностей служащихъ нерѣдко предоставляется усмотрѣнію начальства. Но это усмотрѣніе должно быть не произвольнымъ, а законномѣрнымъ, такъ какъ единственное его основаніе—полномочіе закона.

Такимъ образомъ, всякая обязанность служащаго имѣетъ своимъ основаніемъ непосредственно или посредственно законъ, и всякое ея неисполненіе есть въ этомъ смыслѣ правонарушеніе.

Точно также нельзя согласиться и съ Оппенгеймомъ въ томъ, будтобы нарушеніе служебнаго долга не составляетъ посягательства на «правовыя блага». Понятіе правовыхъ благъ, какъ объекта преступныхъ посягательствъ, выдвинуто было Биндингомъ и въ его пониманіи понятіемъ этимъ, безъ сомнѣнія, объемлется и установленый закономъ или на основаніи закона порядокъ государственной службы.

Биндингу понадобилось это понятіе правоваго блага именно для того, чтобы противопоставить его воззрѣнію Фейербаха, признававшаго объектомъ преступныхъ посягательствъ только субъективныя права. Утверждая, что объектъ преступныхъ посягательствъ не право, а правовое благо, Биндингъ отвергаетъ этимъ ограниченіе понятія преступныхъ посягательствъ только посягательствами на чьи-либо права.

Правовое благо (Rechtsgut), по опредѣленію Биндинга. есть все то, что въ глазахъ законодателя имѣетъ значеніе для правопорядка и ненарушимое сохраненіе чего обезпечивается юридическими нормами [1]). Какъ примѣры, онъ указываетъ между прочимъ: государственное устройство, мирныя международныя отношенія государствъ, подлинность телеграфическихъ депешъ, достовѣрность документовъ, авторитетъ государственныхъ учрежденій и распоряженій начальства [2]). Подобнымъ образомъ опредѣляетъ правовое благо или «охраняемый нормою юридическій интересъ» и проф. Таганцевъ, относя сюда и «интересы, охраняемые какъ общественное достояніе, независимо отъ принадлежности ихъ тому или другому субъекту» [3]).

Итакъ, можно сказать, правовое благо есть все то, въ обезпеченіе

---

[1]) Binding, Handbuch des Strafrechts, B. I, 1885, стр. 169. Подобное же, но болѣе многословное опредѣленіе и въ Normen, I, стр. 193.

[2]) Normen, I, стр. 196: dass die Achtung vor Staatseinrictungen oder Anordnungen der Obrigkeit nicht verletzt oder gefährdet werden.

[3]) Лекціи по русскому уголовному праву, т. I, 1887, стр. 40.

чего законъ установляетъ тѣ или другія обязанности. Неныполненіемъ такихъ обязанностей, положительныхъ или отрицательныхъ, и совершаются посягательства на охраняемое правомъ благо.

Но, конечно, и обязанности служащихъ налагаются на нихъ закономъ въ обезпеченіе очень важнаго общественнаго интереса—законности и цѣлесообразности управленія. Неисполненіе этихъ обязанностей всегда и непремѣнно составитъ посягательство на охраняемый правомъ интересъ. Поэтому нельзя, какъ это дѣлаетъ Оппенгеймъ, видѣть отличительный признакъ дисциплинарныхъ провинностей въ томъ, что, будто-бы, являясь нарушеніемъ служебныхъ обязанностей, они не представляютъ посягательства на «правовыя блага».

Такимъ образомъ и отождествленіе дисциплинарной отвѣтственности съ другими формами юридической отвѣтственности, и попытки установить принципіально обособленное понятіе «дисциплинарной неправды» оказываются одинаково несостоятельными. Затѣмъ остается еще только одинъ путь, который, какъ мнѣ думается, и есть истинный путь для рѣшенія нашего вопроса: тотъ самый путь, какимъ современная наука идетъ въ разрѣшеніи вопроса о различіи уголовной и гражданской отвѣтственности.

Дисциплинарная отвѣтственность не можетъ быть отождествляема ни съ уголовной, ни съ гражданской отвѣтственностью, ни тѣмъ болѣе съ административными исками, но ея отличительная особенность не въ томъ, будто-бы она примѣняется къ какой-то особенной «дисциплинарной неправдѣ». Неправда сама едина. Различны только юридическія послѣдствія неправды: уголовныя, гражданскія и—*дисциплинарныя*. Но все это послѣдствія одной и той же неправды. Всѣ они могутъ совмѣщаться, такъ что нѣкоторыя противуправныя посягательства влекутъ за собой одновременно и уголовную, и гражданскую, и дисциплинарную отвѣтственность, другія—только одну какую-нибудь изъ нихъ, или двѣ. Между свойствомъ самаго противуправнаго посягательства и той или другой формой отвѣтственности нѣтъ вовсе необходимой связи, ни причинной, ни логической. Присвоеніе противуправному посягательству гражданскихъ, уголовныхъ и дисциплинарныхъ послѣдствій, всѣхъ вмѣстѣ и каждаго порознь, не является естественнымъ слѣдствіемъ или логическимъ выводомъ изъ особенной природы посягательства, а зависитъ отъ измѣнчивыхъ историческихъ и бытовыхъ условій и отъ мѣняющихся соображеній цѣлесообразности и воззрѣній на справедливость. Распредѣленіе тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій между различными видами противуправныхъ посягательствъ опредѣляется въ каждомъ данномъ государствѣ и въ каждую историческую эпоху дѣйствующимъ положительнымъ правомъ, какъ оно выражается въ обычаѣ, законѣ, судебной практикѣ. Поэтому одно и то же противуправное пося-

гательство въ разныхъ государствахъ и въ разное время можетъ влечь за собой совершенно различныя юридическія послѣдствія.

Изъ этого, однако, не слѣдуетъ заключать, чтобы и самое различіе гражданскихъ, уголовныхъ и дисциплинарныхъ послѣдствій зависѣло отъ усмотрѣнія законодателя. Онъ можетъ связать съ каждымъ противуправнымъ посягательствомъ то или другое изъ возможныхъ юридическихъ послѣдствій. Но не отъ власти законодателя зависитъ расширить кругъ возможныхъ юридическихъ послѣдствій неправды. Каковы вообще могутъ быть юридическія послѣдствія неправды, это зависитъ отъ объективныхъ условій человѣческаго общенія, отъ степени общественной солидарности, общественнаго развитія, отъ общественной организаціи, отъ того, какою силою и какими средствами располагаетъ общественная власть. Возможность установленія тѣхъ или другихъ послѣдствій неправды опредѣляется также нравственными воззрѣніями общества, его религіей, настроеніемъ общественнаго мнѣнія. Законодателю принадлежитъ только выборъ между тѣми послѣдствіями, возможность установленія которыхъ опредѣляется объективными условіями данной стадіи общественнаго развитія и даннаго культурнаго типа,

Точно также, свойства каждой особой формы отвѣтственности не могутъ быть измѣняемы по произволу. Мыслимо, что какое нибудь положительное право во всѣхъ случаяхъ неправды установитъ одну только гражданскую или одну только уголовную отвѣтственность. Но нельзя гражданской отвѣтственности придать свойства уголовной, или наоборотъ. Нельзя, потому что неизбѣжнымъ послѣдствіемъ этого будетъ превращеніе гражданской отвѣтственности въ уголовную или уголовной въ гражданскую.

Поэтому и при отрицаніи принципіальнаго различія гражданской и уголовной неправды возможна все-таки общая научная теорія этого вопроса, выясняющая характерныя особенности той и другой отвѣтственности. Но то же самое примѣнимо и къ отвѣтственности дисциплинарной. Сказать, что дисциплинарная отвѣтственность не предполагаетъ непремѣнно посягательствъ на опредѣленную категорію благъ или нарушеніе обязанностей, вытекающихъ изъ какихъ-либо особыхъ отношеній, не значитъ еще, чтобы все ученіе о дисциплинарной отвѣтственности сводилось къ простому пересказу постановленій дѣйствующаго закона. Задача научнаго изслѣдованія и тутъ сводится къ выясненію отличительныхъ свойствъ дисциплинарной отвѣтственности, присущихъ ей всегда, какъ бы различно ни опредѣлялся кругъ вызывающихъ ее правонарушеній. За какое бы правонарушеніе ни было положено данное взысканіе, чтобы быть дисциплинарнымъ, оно должно обладать извѣстными отличительными свойствами. Задача научной теоріи дисциплинарной отвѣтственности заключается поэтому въ выясненіи не того, за

какія дѣянія она полагается и какими органами осуществляется, а того, въ чемъ отличительныя свойства этой формы отвѣтственности?

Различные виды послѣдствій неправды отличаются другъ отъ друга не внѣшней ихъ формой, а ихъ цѣлью, опредѣляющей юридическія условія ихъ примѣненія. Одно и то же по внѣшней формѣ взысканіе, напр., денежное взысканіе, кратковременное лишеніе свободы, можетъ имѣть и уголовный и гражданскій характеръ. Но цѣли гражданскаго взысканія и денежнаго наказанія всегда различны. Различны поэтому и юридическія условія ихъ примѣненія.

Отличительный признакъ дисциплинарныхъ взысканій—въ томъ, что они имѣютъ своею цѣлью охрану закономъ установленнаго порядка какой-либо общественной дѣятельности.

Дисциплинарныя взысканія охраняютъ именно общественную, а не личную, индивидуальную дѣятельность. Общественная дѣятельность—это или совмѣстная дѣятельность нѣсколькихъ лицъ, соединечныхъ общею цѣлью, общностью положенія, или дѣятельность отдѣльнаго лица, какъ представителя общественнаго союза. Примѣромъ дисциплины перваго рода могутъ служить дисциплины различнаго рода сословныхъ и профессіональныхъ корпорацій; примѣромъ второго рода — дисциплины въ отношеніи къ церковнымъ властямъ, служебному начальству.

Если кто мѣшаетъ другому въ его частной дѣятельности въ собственномъ личномъ интересѣ, это можетъ подать поводъ къ гражданской или къ уголовной отвѣтственности, но отнюдь не къ дисциплинарной. Не бываетъ дисциплины *индивидуальной, личной*: дисциплина всегда имѣетъ *общественный* характеръ, предполагаетъ непремѣнно *общественную* дѣятельность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ дисциплинарныя взысканія охраняютъ закономѣрный *порядокъ*, а не закономѣрныя послѣдствія общественной дѣятельности. Поэтому дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто за всякое нарушеніе порядка дѣятельности, выражающееся въ медленности, неисправности, въ нарушеніи должнаго приличія, въ поведеніи несогласномъ съ достоинствомъ выполняемаго общественнаго дѣла, независимо отъ того, приведетъ ли все это къ нарушенію чьихъ-либо гражданскихъ правъ или предписаній закона, охраняемыхъ карательной санкціей. Для примѣненія дисциплинарной отвѣтственности требуется именно только нарушеніе порядка, внѣ всякой зависимости отъ характера послѣдствій такого нарушенія. Если же они составятъ преступное дѣяніе или гражданское правонарушеніе, тогда наряду съ дисциплинарной отвѣтственностью и независимо отъ нея найдутъ себѣ примѣненіе уголовныя кары и гражданскій искъ.

Цѣль дисциплинарныхъ взыканій заключается такимъ образомъ

именно въ охранѣ законом'Ѣрнаго порядка разнообразныхъ проявленій общественной дѣятельности.

Порядокъ общественной дѣятельности можетъ быть нарушаемъ не только ея активными участниками, но и просто присутствующими при ней лицами, напримѣръ, публикой въ засѣданіяхъ суда, парламента, земскаго собранія, ученаго общества. И на эту публику распространяется власть дисциплинарныхъ взысканій предсѣдателя. Изъ этого видно, что основой дисциплинарной отвѣтственности нельзя считать участіе въ особомъ отношеніи властвованія. Человѣкъ, зашедшій послушать пренія въ ученомъ обществѣ, не входитъ въ силу этого въ особое отношеніе властвованія къ его предсѣдателю. И во всякомъ случаѣ это пресловутое отношеніе властвованія ни въ чемъ иномъ, кромѣ дисциплинарныхъ м'Ѣръ, и выразиться не можетъ.

Съ другой стороны, и власть наложенія дисциплинарныхъ взысканій не непремѣнно принадлежитъ тому, кто является субъектомъ охраняемой данными дисциплинарными взысканіями общественной дѣятельности. Государство предоставляетъ иногда осуществленіе дисциплинарной власти отдѣльнымъ общественнымъ союзамъ или коллегіальнымъ установленіямъ и ихъ представителямъ; но нерѣдко также оно оставляетъ осуществленіе дисциплинарной власти за своими собственными органами. Такъ органы, осуществляющіе дисциплинарную власть въ отношеніи къ служащимъ, суть, конечно, государственные органы, а не представители особой корпораціи чиновниковъ.

Наконецъ, иногда об'Ѣ формы осуществленія дисциплинарной власти комбинируются такъ, что органы государственной власти признаются высшими дисциплинарными инстанціями надъ автономно осуществляющими дисциплинарную власть общественными союзами и коллегіальными установленіями. Такъ, напримѣръ, у насъ поставлена дисциплинарная отвѣтственность присяжныхъ пов'Ѣренныхъ. По всему этому нельзя въ автономномъ осуществленіи видѣть отличительный признакъ дисциплинарной власти.

Цѣль дисциплинарныхъ взысканій—противодѣйствіе всякому нарушенію порядка общественной дѣятельности, а не только особенно опасному или вредоносному. Поэтому, въ отличіе отъ уголовной отвѣтственности, дисциплинарная отвѣтственность не предполагаетъ точно фиксированнаго состава дѣянія. Тутъ, какъ и въ гражданскомъ правѣ, всякое нарушеніе обязанности, вытекающей изъ установленнаго закономъ порядка общественной дѣятельности, ведетъ къ отвѣтственности, хотя-бы данное нарушеніе порядка и не было прямо предусмотрѣно закономъ. Въ сферѣ служебной дисциплины это выражается такъ, что всякое нарушеніе служебнаго долга, въ какихъ бы оно ни выразилось формахъ,

предусмотрѣнныхъ или не предусмотрѣнныхъ закономъ, можетъ влечь за собой дисциплинарныя взысканія.

И въ другомъ еще отношеніи дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ сходство съ гражданской; дисциплинарное преслѣдованіе не обязательно, а имѣетъ факультативный характеръ. Осуществленіе дисциплинарной власти есть право, а не обязанность. Неосуществленіе дисциплинарной власти, не смотря на завѣдомую наличность нарушенія порядка службы, не составитъ наказуемаго отказа въ правосудіи или неправосуднаго производства дѣла. Такъ и въ проектѣ: ст. 549, установляя наказуемость невозбужденія при такихъ условіяхъ уголовнаго преслѣдованія, не распространяетъ этого постановленія на дисциплинарное преслѣдованіе.

Таковы черты, сближающія дисциплинарную отвѣтственность съ гражданской. Но рядомъ съ этимъ дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ свойства, сближающія ее съ уголовной. Таковы, прежде всего, самыя мѣры дисциплинарныхъ взысканій, ихъ внѣшняя форма. Они имѣютъ форму не возмѣщенія или вознагражденія, а понужденія и воздержанія.

Во-вторыхъ, дисциплинарныя взысканія, подобно уголовнымъ карамъ, имѣютъ строго личный характеръ. Въ отношеніи къ нимъ не можетъ быть никакого преемства.

Подъ дисциплиной въ широкомъ смыслѣ слова разумѣютъ всякія мѣры, направленныя къ охранѣ порядка совмѣстной дѣятельности или жизни, даже противъ дѣйствій, исходящихъ отъ лицъ невмѣняемыхъ. Такова, напримѣръ, дисциплина въ отношеніи малолѣтнихъ дѣтей въ семьѣ и школѣ, въ отношеніи душевно-больныхъ въ больницѣ. Эти формы дисциплины опредѣляются не юридическими, а совершенно иными началами: педагогическими и психіатрическими. Юридической нормировкѣ могутъ подлежать только послѣдствія, уже уголовнаго свойства, злоупотребленій такого рода педагогической или врачебной дисциплиной. Потому о дисциплинарномъ правѣ въ подобныхъ случаяхъ едва-ли можно говорить. Юристъ здѣсь не компетентенъ:—это сфера врача и воспитателя.

Итакъ, о дисциплинарной отвѣтственности, какъ юридическомъ институтѣ, можно говорить лишь настолько, насколько дѣло касается вмѣняемыхъ субъектовъ. Дисциплина малыхъ дѣтей и душевно-больныхъ ничего юридическаго въ себѣ не заключаетъ. Но и за этимъ ограниченіемъ мѣры, направленныя къ охранѣ законнаго порядка совмѣстной дѣятельности отъ посягательствъ вмѣняемыхъ субъектовъ, не всегда представляютъ чистый типъ дисциплинарныхъ взысканій.

Такъ какъ задача дисциплинарныхъ взысканій—только охранить порядокъ совмѣстной дѣятельности, то чисто дисциплинарный характеръ они сохраняютъ лишь пока не идутъ далѣе устраненія нарушителя отъ

данной совмѣстной дѣятельности: исключенія изъ собранія, удаленія отъ службы, отлученія отъ церкви. Когда участіе нарушителя въ данной дѣятельности добровольное, вызываемое его собственными духовными или матеріальными интересами, такими мѣрами и возможно дѣйствительно охранить должный порядокъ совмѣстной дѣятельности. Но совсѣмъ иначе ставится дѣло, когда участіе нарушителя обязательное, имѣетъ для него значеніе не преимущества, а повинности. При такихъ условіяхъ устраненіе отъ дѣятельности не можетъ быть высшей мѣрой дисциплинарнаго взысканія, такъ какъ для устраненнаго это будетъ скорѣе наградой, поощреніемъ.

Здѣсь необходимо обращаться къ другимъ, болѣе суровымъ мѣрамъ понужденія, не ограничивающимся лишь отношеніями нарушителя къ дѣятельности, порядокъ которой имъ нарушенъ: приходится воздѣйствовать на такія блага, которыя принадлежатъ нарушителю независимо отъ его участія въ данной общественной дѣятельности. Значеніе такихъ мѣръ для гражданской свободы заставляетъ обставлять ихъ примѣненіе приблизительно тѣми же гарантіями, какими обставлено осуществленіе уголовно-карательной власти.

Поэтому мѣры охраны порядка такой общественной дѣятельности, участіе въ которой имѣетъ обязательный характеръ, характеръ повинности, не является уже чисто-дисциплинарными взысканіями, а приближаются къ уголовной отвѣтственности, сливаются съ нею и образуютъ нѣкоторую новую, гибридную форму отвѣтственности. Различіе дисциплинарной и уголовной отвѣтственности сохраняется при такихъ условіяхъ только въ тяжести каръ, и между обоими видами такой смѣшанной уголовно-дисциплинарной отвѣтственности установляется взаимно исключающее соотношеніе.

Таково именно соотношеніе дисциплинарной и уголовной отвѣтственности въ войскѣ. И для цѣлей дисциплины тутъ приходится прибѣгать къ тяжкимъ карамъ. Наложеніе ихъ поручается особымъ военнымъ судамъ, которые вмѣстѣ съ тѣмъ руководятся въ своей дѣятельности не одними началами уголовнаго права, но и соображеніями воинской дисциплины. Въ результатѣ получается полу-судебный, полу-дисциплинарный органъ, и такъ какъ его приговоры представляютъ осуществленіе не только велѣній уголовнаго закона, но и требованій дисциплины, его дѣятельность исключаетъ, конечно, надобность еще дополнительнаго дисциплинарнаго преслѣдованія.

Но военная дисциплина и военно-уголовная власть не входятъ въ задачу моего изслѣдованія, а участіе въ службѣ гражданской въ настоящее время во всѣхъ государствахъ признается добровольнымъ, разсматривается не какъ повинность, а какъ право, у насъ даже какъ особое преимущество, обусловленное происхожденіемъ или образованіемъ. По-

этому гражданская служебная дисциплина должна бы была представлять совершенно чистый видъ дисциплины.

Наше дѣйствующее законодательство держится, однако, стараго ученія, отождествляющаго дисциплинарную отвѣтственность служащихъ съ уголовной и видящаго различіе между ними лишь по большей и меньшей тяжести наказаній. Послѣдовательно проводя такой взглядъ, законодательство наше допускаетъ наложеніе и дисциплинарныхъ взысканій, даже самыхъ незначительныхъ, какъ выговоръ и замѣчанія, только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи о наказаніяхъ. Таковъ прямой смыслъ ст. 172 Общ. учр. губ.; такова и практика сената.

Правда, въ послѣднее время въ литературѣ нашей было высказано г. Денисьевымъ [1]) мнѣніе, будто ст. 172 Общ. учр. губ. представляетъ ошибку кодификаціи и включенныя въ ней слова «на основаніи Уложенія о наказаніяхъ» ни на чемъ не основаны. Въ доказательство дѣлается указаніе на то, что въ ст. 66 улож. о наказ., приведенной въ цитатѣ подъ этой статьей, нѣтъ такой оговорки. Но дѣло въ томъ, что сама-то ст. 66 помѣщена въ Уложеніи, въ первомъ раздѣлѣ, и поэтому самое мѣсто нахожденія дѣлаетъ въ ней такую оговорку совершенно излишней. И въ другихъ статьяхъ этого раздѣла Уложенія нѣтъ оговорки, что онѣ относятся къ опредѣленію наказаній только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи. Это явствуетъ само собой изъ того, что онѣ помѣщены въ Уложеніи. При переносѣ же такихъ постановленій въ другія части Свода законовъ для сохраненія ихъ истиннаго смысла въ общемъ контекстѣ Уложенія, необходимо было добавить указанныя слова. Это совершенно разумный и правильный кодификаціонный пріемъ, а не ошибка.

Только за послѣднее десятилѣтіе законодательство наше мало по малу начинаетъ отказываться отъ отождествленія дисциплинарной отвѣтственности съ уголовной, допуская наложеніе дисциплинарныхъ взысканій и за дѣянія, не предусмотрѣнныя въ Улож. наказ., и въ дополненіе къ наложенному уголовнымъ судомъ наказанію. Такая постановка придана дисциплинарной отвѣтственности судей закономъ 1885 года и дисциплинарной отвѣтственности земскихъ начальниковъ закономъ 1889 года.

Ст. 295[2] Учр. суд. уст. допускаетъ увольненіе судьи отъ должности въ дисциплинарномъ порядкѣ за всѣ тѣ дѣйствія, которыя, «будучи несовмѣстны съ достоинствомъ судейскаго званія и получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ судью необходимыхъ для сего званія довѣрія и уваженія». Ст. 296 распространяетъ это правило на судей, подвергшихся личному задержанію за долги или объявленныхъ несостоятельными должниками. Ст. 295 предписываетъ, что въ тѣхъ случаяхъ,

---

[1]) Предѣлы власти начальства при наложеніи дисциплинарныхъ взысканій, Жур. Мин. Юст., 1895, май, стр. 29.

«когда судья будетъ въ уголовномъ порядкѣ подвергнутъ какому-либо наказанію, хотя бы и не соединенному съ потерею права на службу, то обстоятельство это передается на обсужденіе высшаго дисциплинарнаго присутствія, которое, истребовавъ объясненіе отъ сего судьи, можетъ, смотря по обстоятельствамъ, постановить объ увольненіи его отъ должности». Подобныя же постановленія содержатъ и ст. 139 Пол. зем. нач.

Конечно, можетъ показаться страннымъ, что подобное расширеніе дисциплинарной отвѣтственности установлено для судей и административныхъ чиновъ, выполняющихъ судебныя функціи, и не распространено на чисто административныхъ должностныхъ лицъ. Но это объясняется существованіемъ извѣстнаго третьяго пункта, ст. 761, 762 и 806, п. 3 Уст. служб. прав., дающаго административному начальству право и безъ соблюденій условій дисциплинарнаго производства неспособныхъ или неблагонадежныхъ увольнять отъ должности даже безъ объясненія причины. Этимъ, конечно, чрезмѣрно и нецѣлесообразно расширяется власть начальства и служащіе ставятся въ совершенно безправое положеніе. Но, какъ на это уже было указано въ замѣчаніяхъ на проектъ с.-петербургскаго юридическаго общества (стр. 60), появленіе третьяго пункта было въ извѣстной степени вызвано неправильной постановкой дисциплинарной отвѣтственности въ Уложеніи 1845 года, допустившемъ наложеніе и дисциплинарныхъ взысканій только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи.

Въ объяснительной запискѣ къ проекту [1]) это объясненіе признается неправильнымъ и заявляется, что «истинныя причины этого, во всякомъ случаѣ, ненормальнаго явленія, въ нашемъ законодательствѣ лежатъ внѣ связи съ Уложеніемъ, въ сторонѣ отъ усвоенной Уложеніемъ постановки служебныхъ проступковъ». Доказательствъ, однако, не приводится никакихъ. Между тѣмъ въ дѣйствительности положеніе Комитета Министровъ 7 ноября 1850 г., установившее третій пунктъ, было вызвано представленіемъ статсъ-секретаря Танѣева о тѣхъ затрудненіяхъ, въ какія ставится инспекторскій департаментъ сохраняющейся вопреки постановленіямъ Уложенія 1845 г. практикою «отставленія», какъ тогда говорили, отъ должностей безъ объясненія причинъ. Танѣевъ предлагалъ постановить, чтобы впредь допускалось увольненіе безъ прошенія не иначе, какъ согласно постановленіямъ Уложенія. Но другіе члены комитета (въ особенности графъ Блудовъ и графъ Панинъ, представившіе о томъ особыя записки) находили такой порядокъ практически невозможнымъ и считали необходимымъ сохранить за начальствомъ право увольнять неблагонадежныхъ чиновниковъ и тогда, когда не можетъ быть доказана ихъ виновность въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ Уложеніемъ. Въ такомъ

[1]) Томъ VIII, стр. 57.

смыслѣ и состоялось Высочайше утвержденное 7 ноября 1850 г. положеніе Комитета.

Такимъ образомъ есть дѣйствительное основаніе утверждать, что отмѣна третьяго пункта предполагаетъ непремѣнно измѣненіе существующей у насъ постановки дисциплинарной отвѣтственности въ смыслѣ признанія ея принципіальнаго отличія отъ уголовной отвѣтственности, и нельзя поэтому не пожалѣть, что проектъ уголовнаго Уложенія остался вѣренъ въ этомъ отношеніи принятому въ дѣйствующемъ Уложеніи взгляду на дѣло.

III.

Если для охраны должнаго порядка служебной дѣятельности и служебныхъ отношеній установляются особыя, спеціально къ тому направленныя, дисциплинарныя взысканія, то нѣтъ основанія къ той же задачѣ пріурочивать и уголовную отвѣтственность служащихъ. Если основы различія дисциплинарныхъ взысканій и уголовныхъ каръ—въ ихъ цѣли, въ ихъ задачѣ, тогда уголовная репрессія и въ отношеніи къ служащимъ должна имѣть ту же цѣль, общую охрану правопорядка, какъ и въ отношеніи ко всѣмъ другимъ преступникамъ. Но если все это такъ, можетъ ли быть какая-либо надобность въ установленіи особой уголовной наказуемости служащихъ? Можетъ ли состояніе преступника на службѣ само по себѣ послужить основаніемъ къ измѣненію условій его уголовной отвѣтственности?

Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно. Состояніе виновнаго на службѣ само по себѣ не можетъ вызывать никакихъ измѣненій въ уголовной репрессіи учиняемыхъ имъ преступныхъ дѣяній.

Государственно-служебная дѣятельность по содержанію своему не отличается вовсе отъ частной дѣятельности. Она не имѣетъ особаго, специфическаго содержанія. Все то, что частными лицами совершается въ ихъ частномъ интересѣ, на служащихъ можетъ быть возложено, какъ обязанность въ государственномъ интересѣ. Поэтому совершеніе какихъ-либо неправомѣрныхъ дѣйствій по службѣ само по себѣ не можетъ вызывать необходимости какихъ-либо особыхъ мѣръ карательной репрессіи. Если обязанности служащаго состоятъ въ перепискѣ бумагъ, изготовленіи лекарствъ, управленіи желѣзнодорожнымъ поѣздомъ, пароходомъ, въ завѣдываніи лѣснымъ хозяйствомъ, горными рудниками, продажей питей, въ храненіи гардероба казеннаго театра, въ игрѣ на казенной сценѣ, то такая служебная дѣятельность ничѣмъ не отличается отъ подобной же дѣятельности частныхъ лицъ и не представляетъ никакихъ условій для совершенія такихъ преступныхъ дѣяній, для репрессіи которыхъ могли бы оказаться недостаточными общія постановленія уголовнаго за-

кона. Установлять особую усиленную уголовную отвѣтственность за преступныя дѣянія, учиняемыя при выполненіи такого рода служебныхъ обязанностей, нѣтъ никакого основанія, что̀ признано, собственно говоря, и въ самомъ проектѣ въ ст. 538, установляющей, какъ общее правило, наказуемость для служащихъ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и для частныхъ лицъ. Только въ видѣ исключенія въ послѣдующихъ затѣмъ статьяхъ главы XXXV установляется особая наказуемость нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, учиняемыхъ по службѣ.

Чѣмъ же объясняются эти изъятія?—Если не отождествлять дисциплинарной отвѣтственности съ уголовной и признавать, что спеціальная охрана порядка служебной дѣятельности, будучи спеціальной задачей дисциплинарныхъ взысканій, не входитъ въ задачи уголовной репрессіи, то особенная уголовная наказуемость должностныхъ лицъ сравнительно съ частными можетъ быть допущена лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда служащій дѣйствуетъ въ такихъ условіяхъ, что или 1) его преступныя дѣянія получаютъ особую вредность или опасность, требуя поэтому усиленной репрессіи, или 2) онъ получаетъ возможность учиненія преступныхъ дѣяній, вовсе недоступныхъ частнымъ лицамъ.

При какихъ же условіяхъ возможно то и другое? При одинаковости ихъ содержанія, чѣмъ можетъ въ указанномъ отношеніи отличаться служебная дѣятельность отъ частной дѣятельности?

Въ подобныя условія дѣятельность служащаго ставится, когда, дѣйствуя, онъ осуществляетъ функціи, полномочія власти. Но такой властный характеръ дѣятельности не составляетъ вовсе необходимой принадлежности государственной службы. Напротивъ, большинство служащихъ сами никакой власти не осуществляютъ, а только содѣйствуютъ въ томъ другимъ. Не говоря уже о чисто-технической службѣ, совершенно чужда осуществленія власти дѣятельность всѣхъ совѣщательныхъ и докладывающихъ учрежденій. Итакъ, не всякая служба предполагаетъ осуществленіе власти. Но, съ другой стороны, и осуществленіе власти не предполагаетъ непремѣнно состоянія на службѣ. Занятіе должности, связанной съ полномочіями власти, возможно и безъ состоянія на службѣ. Присяжные засѣдатели не состоятъ на службѣ, но, постановляя свой вердиктъ, безъ сомнѣнія осуществляютъ актъ власти.

По всему этому слѣдуетъ признать основаніемъ особой наказуемости не службу самоё по себѣ, а осуществленіе актовъ власти и притомъ безразлично, на службѣ, или нѣтъ. Если подъ должностью, Amt, разумѣть опредѣленную совокупность полномочій власти, то можно сказать, что особой наказуемости требуютъ не служебныя, а должностныя преступныя дѣянія.

Особая наказуемость должностныхъ преступныхъ дѣяній требуется въ силу двоякаго основанія. Во-первыхъ, обладаніе полномочіями власти

можетъ дѣлать возможнымъ совершеніе такихъ преступныхъ дѣяній, которыя со стороны лица, не надѣленнаго властью, невозможны, напр. отказъ въ правосудіи. Во-вторыхъ, совершеніе преступныхъ дѣяній, доступныхъ и частнымъ лицамъ, лицами, надѣленными полномочіями власти, можетъ быть болѣе опаснымъ и вредоноснымъ въ силу того, что для потерпѣвшихъ въ отношеніи къ органу власти можетъ оказаться меньшая возможность или даже не оказаться вовсе никакой возможности защищать свои права противъ преступныхъ на нихъ посягательствъ, какъ это бываетъ при отношеніяхъ особаго непосредственнаго подчиненія, напримѣръ, заключеннаго къ тюремному начальству, или при обязанности частныхъ лицъ довѣрять органамъ власти свое имущество или свои тайны.

Обѣ эти категоріи случаевъ подойдутъ, конечно, подъ общее понятіе злоупотребленія полномочіями власти дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ, такъ что при надлежащемъ обособленіи уголовной и дисциплинарной отвѣтственности, особая уголовная наказуемость должностныхъ преступныхъ дѣяній сведется къ случаямъ злоупотребленія полномочіями власти.

Но при отождествленіи уголовной и дисциплинарной отвѣтственности дѣло получаетъ, конечно, совсѣмъ иную, едва-ли цѣлесообразную постановку, какъ это мы и видимъ въ проектѣ, въ основу постановленій котораго положено отрицаніе всякаго принципіальнаго различія уголовныхъ каръ и дисциплинарныхъ взысканій. «Не вдаваясь въ критику разнообразныхъ взглядовъ» и признавъ «субъективную и объективную однородность уголовно-наказуемыхъ и дисциплинарныхъ нарушеній служебныхъ обязанностей», «коммисія остановилась на слѣдующемъ практическомъ соображеніи: степень преступности служебныхъ дѣяній должна быть оцѣниваема законодателемъ *по тому самому масштабу*, по которому онъ оцѣниваетъ относительную преступность законопротивныхъ дѣяній вообще, т. е., съ одной стороны, по масштабу виновности, т. е. проявленныхъ въ дѣяніи умысла и неосторожности, а съ другой, по масштабу объективнаго вреда. Сообразно сему, все то, что законъ въ общемъ порядкѣ считаетъ *нарушеніемъ*, могло бы по общему правилу считаться таковымъ или простою служебною провинностью и для служащаго; все то, что законъ объявляетъ *преступленіемъ* или *проступкомъ*, должно считаться столь же преступнымъ дѣяніемъ и для органа власти и входить въ группу уголовно-наказуемыхъ дѣяній. На семъ основаніи въ область дисциплинарнаго устава могли бы быть выдѣлены, прежде всего, *всѣ общія нарушенія*, учиненныя служащими въ кругѣ ихъ дѣйствія по службѣ или служебнымъ образомъ дѣйствія, а равно попущеніе ихъ или даже и содѣйствіе, въ качествѣ служащаго, учиненію ихъ частными лицами. Но, принявъ во вниманіе невозможность допустить наложеніе безъ суда высокихъ денежныхъ пеней и продолжительнаго аре-

ста, — коммисія признала болѣе цѣлесообразнымъ нѣсколько отступить отъ этого простаго принципа». Изъ общихъ нарушеній служащихъ она положила «считать не дисциплинарными, а уголовными нарушеніями: а) тѣ изъ нихъ, за которыя опредѣлено въ Уложеніи наказаніе именно въ случаѣ учиненія ихъ служащими, и б) за которыя установленъ для частныхъ лицъ арестъ или денежная пеня въ размѣрѣ, превышающемъ высшую мѣру взысканій сего рода по дисциплинарному уставу». Относительно же спеціальныхъ преступныхъ дѣяній по службѣ коммисія приняла такое начало, что всякая формально или матеріально незакономѣрная дѣятельность по службѣ, не предусмотрѣнная особо уголовнымъ Уложеніемъ, должна быть разсматриваема, какъ дисциплинарная провинность» (VIII, 41, 46—48) [1]).

Положивъ такимъ образомъ въ основаніе устарѣлую теорію отождествленія дисциплинарной отвѣтственности съ уголовной, составители проекта должны были по необходимости встрѣтиться съ неразрѣшимыми на почвѣ этой теоріи затрудненіями.

Такъ, прежде всего оказалось невозможнымъ найти пригодное въ вопросахъ de lege ferenda основаніе для различенія дисциплинарныхъ и уголовно-наказуемыхъ правонарушеній. Въ объясненіяхъ къ проекту указывается, какъ на общее руководящее начало въ этомъ вопросѣ, на различіе тяжести наказанія, положеннаго за нихъ въ законѣ. Однако, такое чисто формальное основаніе различія очевидно должно было оказаться недостаточнымъ въ вопросахъ de lege ferenda. И вотъ, въ дополненіе къ нимъ выдвигаются еще другія, добавочныя основанія разграниченія дисциплинарныхъ провинностей и преступныхъ дѣяній. Уголовно-наказуемое злоупотребленіе по службѣ, говорится въ объясненіяхъ, «по общему правилу можетъ быть только *умышленное* и притомъ, большею частію, вытекающее изъ особенно преступныхъ побужденій виновнаго, *изъ побужденій, несовмѣстныхъ съ долгомъ службы*»; кромѣ того, дѣяніе виновнаго «должно быть *вредное*, въ смыслѣ того вреда, который лежитъ въ основѣ преступленій и проступковъ вообще и потому именуется вредомъ преступнымъ» (VIII, 49).

Сами составители проекта не придаютъ этимъ отличіямъ уголовно-наказуемыхъ злоупотребленій по службѣ безусловнаго значенія и въ XXXV главѣ проекта есть статьи, предусматривающія и неосторожныя дѣянія, и дѣянія не приносящія непосредственнаго вреда, а значеніе этихъ условій для разграниченія дисциплинарныхъ и уголовно-наказуемыхъ правонарушеній въ *нѣкоторыхъ случаяхъ* несомнѣнно. Но проектъ къ условіямъ умышленности и вредоносности присоединяетъ еще условіе «по-

[1]) Цифры въ скобкахъ вездѣ означаютъ: римскія — томы, арабскія — страницы объясненій къ проекту уголовнаго уложенія.

бужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы»—условіе совершенно неопредѣленное.

Стараясь придать этому выраженію хотя нѣкоторую опредѣленность, объяснительная записка (VIII, 69) ссылается на заключающіяся въ Уставѣ о службѣ опредѣленія обязанности служащихъ. Подъ долгомъ службы, говорится въ ней, надо «разумѣть условія службы государству и обществу вообще, вошедшія и въ формулу присяги на вѣрность службы, и въ ст. 714 Уст. о службѣ».

Однако и ст. 714 вовсе не выдѣляетъ [1]) какіе-либо особые *мотивы* нарушенія служебныхъ обязанностей, а даже прямо относитъ къ нарушенію служебныхъ обязанностей «лѣность, нерадѣніе, неприлежность къ дѣлу». Къ тому же ссылка именно на ст. 714 представляется нѣсколько странной, такъ какъ въ ней не дается вовсе общаго опредѣленія обязанностей служащихъ. Общій перечень ихъ данъ въ ст. 712, а ст. 714 представляетъ лишь ближайшее выясненіе одной стороны этихъ обязанностей.

Общій перечень обязанностей служащаго въ ст. 712 охватываетъ всевозможные мотивы и причины неисправнаго отправленія службы: 1) здравый разсудокъ; 2) добрая воля въ отправленіи порученнаго; 3) человѣколюбіе; 4) вѣрность службѣ Его Императорскаго Величества; 5) усердіе къ общему добру; 6) радѣніе о должности; 7) честность, безкорыстіе и воздержаніе отъ взятокъ; 8) правый и равный судъ всякому состоянію; 9) покровительство невинному и скорбящему. Всякій признаетъ, что невозможно представить себѣ никакого нарушенія обязанности служащаго по такому побужденію, которое бы оказалось непротиворѣчащимъ такъ опредѣленному служебному долгу.

Составители проекта, обойдя почему-то ст. 712, придали рѣшающее значеніе ст. 714. Но и этимъ путемъ оказалось все-таки невозможнымъ придать выраженію «побужденію, несогласному съ долгомъ службы» желательную опредѣленность. Сопоставляя постановленія ст. 714 съ текстомъ общей присяги, приносимой служащими, и въ частности судейской присяги, объяснительная записка слѣдующимъ образомъ перечисляетъ «побужденія, несогласныя съ долгомъ службы»: а) корысть; б) лесть, злоба, вражда, гнѣвъ или досада; в) родство, свойство, дружба и вообще

---

[1]) Вотъ ея текстъ: «Всѣ служащіе возложенныя на нихъ должности обязаны исправлять согласно своей присягѣ съ усердіемъ, нелицемѣрно и добросовѣстно, по существующимъ учрежденіямъ и уставамъ и по приказаніямъ и постановленіямъ начальства, не позволяя себѣ ни изъ вражды, ни изъ свойства или дружбы, а тѣмъ болѣе изъ корысти или взятокъ, ничего противнаго долгу присяги, честности и возложеннаго на нихъ служенія. Посему лѣность, нерадѣніе и неприлежность къ порученному дѣлу почтутся наивящимъ для нихъ стыдомъ, упущеніе же должности и нерадѣніе по части блага общаго, имъ вѣреннаго, главнѣйшимъ поношеніемъ».

особыя основанія благорасположенія или пріязни; г) преступное снисхожденіе; д) *противодѣйствіе закону или интересамъ государственнаго управленія*, и е) учиненіе, допущеніе, попущеніе или содѣйствіе какому-либо преступному дѣянію (VIII, 69, 70, 71).

Предпослѣдняя рубрика въ этомъ перечнѣ представляется основанной на очевидномъ недоразумѣніи: *противодѣйствіе* закону очевидно то же самое, что и нарушеніе закона, и есть само дѣйствіе, а не мотивъ дѣйствія. Можно ли говорить о нарушеніи закона съ цѣлью нарушить законъ? Точно также и противодѣйствіе интересамъ управленія есть само дѣйствіе, а не мотивъ.

Сомнительно также, чтобы можно было выдѣлить, какъ самостоятельный видъ «побужденій, несогласныхъ съ долгомъ службы»—«преступное снисхожденіе». Въ виду вмѣненія служащимъ въ обязанность «человѣколюбія» и «покровительства скорбящему» снисхожденіе само по себѣ не можетъ быть преступнымъ. Оно дѣлается такимъ лишь въ силу происхожденія изъ какихъ-либо особыхъ мотивовъ, напр., корысти, родства, а слѣдовательно этими мотивами объемлется «преступное снисхожденіе».

Если исключить эти двѣ рубрики, всѣ несовмѣстныя съ долгомъ службы побужденія въ толкованіи объяснительной записки сведутся къ двумя категоріямъ: 1) корысть и личныя отношенія, 2) желаніе учинить или допустить учиненіе преступнаго дѣянія.

Едва-ли возможно только этимъ ограничить «побужденія, несовмѣстныя съ долгомъ службы». Если служащій внѣ всякихъ корыстныхъ соображеній и внѣ всякихъ личныхъ отношеній къ заинтересованнымъ лицамъ, просто побуждаемый непомѣрнымъ властолюбіемъ, учиняетъ что-либо противозаконное, такое побужденіе также нельзя признать совмѣстнымъ съ долгомъ службы. То же самое должно сказать о невыполненіи служебныхъ обязанностей не изъ корысти, вражды или пріязни, а просто изъ неумѣстной боязливости, робости. Вѣдь въ присягѣ служащій обѣщаетъ «служить, не щадя живота своего до послѣдней капли крови». А между тѣмъ на дѣлѣ нерѣдко могутъ встрѣтиться случаи уклоненія отъ обязанности прямо изъ страха, изъ нежеланія подвергаться опасности.

Но дѣло не въ одной только неопредѣленности понятія побужденія, несогласнаго съ долгомъ службы. Если бы и удалось найти вполнѣ точное его опредѣленіе, противъ умѣстности ограниченія наказуемости противозаконныхъ дѣйствій по службѣ наличностью такого побужденія все-таки представились бы весьма существенные доводы.

Принятіе этого условія наказуемости предполагаетъ, конечно, возможность случаевъ нарушенія закона и по побужденіямъ, совмѣстнымъ съ долгомъ службы. При какихъ же условіяхъ это возможно? Развѣ только въ дѣятельности органовъ административной власти, но никакъ не судебной. Дѣятельность судьи всецѣло и исключительно опредѣляется началами

права. Долгъ судейскій весь въ томъ и заключается, чтобы дѣйствовать, руководствуясь только требованіями права, а не какими-либо соображеніями цѣлесообразности. Законъ для судьи не просто внѣшняя, формальная граница власти, а начало, всецѣло опредѣляющее все содержаніе его дѣятельности. Поэтому отступленіе со стороны судьи отъ закона, какими бы побужденіями оно ни было вызвано, всегда и непремѣнно будетъ несовмѣстно съ его служебнымъ долгомъ рѣшать дѣла только согласно началамъ права, а не по соображеніямъ удобства.

При такомъ характерѣ судебной дѣятельности обусловливать наказуемость нарушеній закона со стороны судей наличностью побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы, представляется дѣломъ совершенно несообразнымъ, такъ какъ законъ есть единственное мѣрило служебнаго долга судьи.

Но въ проектѣ, какъ разъ наоборотъ, всего шире примѣнено требованіе наличности побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы, именно къ случаямъ противодѣйствія правосудію. Статей проекта, требующихъ этого условія наказуемости, всего пятнадцать изъ общаго числа 52; изъ восьми же статей о противодѣйствіи правосудію только двѣ (554 и 555), предусматривающія неосторожныя дѣянія, не требуютъ, какъ условія наказуемости, побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы.

Даже «постановленіе *завѣдомо неправаго рѣшенія*» по проекту (ст. 548) наказуемо только подъ условіемъ, «буде сіе учинено по корыстному или иному несовмѣстному съ долгомъ службы побужденію». Неужели возможно оставить ненаказуемымъ постановленіе завѣдомо неправаго рѣшенія, напр., въ силу излишняго рвенія по службѣ, когда судья, находя въ данномъ случаѣ установленное закономъ наказаніе недостаточнымъ, самовольно усилитъ его, или побуждаемый человѣколюбіемъ и покровительствомъ скорбящему (что нашъ законъ, ст. 712 Уст. о службѣ, вмѣняетъ каждому служащему въ обязанность) понизитъ наказаніе, превысивъ предоставленную суду въ этомъ отношеніи власть?

Не менѣе страннымъ представляется ограниченіе наказуемости самовольнаго продленія срока лишенія свободы тѣмъ же условіемъ наличности побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы. Если тюремное начальство задержитъ заключеннаго дольше назначеннаго ему судомъ срока, находя, что освобожденіе его въ данный моментъ можетъ имѣть гибельныя для его нравственнаго возрожденія послѣдствія, то такое побужденіе не подойдетъ подъ понятіе побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы, какъ его выясняетъ объяснительная записка; однако возможность оставить такія дѣйствія тюремнаго начальства ненаказуемыми едва-ли кто рѣшится отстаивать.

Въ нѣсколько иное отношеніе къ закону поставлены административные органы. Законъ не опредѣляетъ еще самаго содержанія ихъ дѣя-

тельности, а только опредѣляетъ ея границы и внѣшнія условія. Задача администраціи, въ отличіе отъ суда, не въ томъ, чтобы осуществлять право, законъ, а въ томъ, чтобы въ предѣлахъ закона и согласно съ нимъ осуществлять разнообразныя матеріальныя задачи государственнаго управленія, конечно согласно правиламъ цѣлесообразности. Поэтому законъ не служитъ единственнымъ опредѣляющимъ началомъ административной дѣятельности. Онъ опредѣляетъ ее только съ внѣшней, формальной стороны; со стороны содержанія административная дѣятельность опредѣляется и должна опредѣляться соображеніями цѣлесообразности. Осуществленіе требованій права для администратора не является единственной цѣлью, согласной съ долгомъ его службы. Соблюденіе требованій цѣлесообразности также входитъ въ кругъ его служебныхъ обязанностей. Между тѣмъ требованія права могутъ въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ противорѣчить соображеніямъ цѣлесообразности. Установляемыя правомъ границы и формы дѣятельности администраціи могутъ стѣснять ея свободу, затруднять ей при извѣстныхъ условіяхъ практическое осуществленіе ея задачъ. Во многихъ случаяхъ администрація могла бы легче и скорѣе достигать своихъ цѣлей, если бы право не ограничивало свободу ея дѣятельности, если бы власти не противопоставлялись неприкосновенныя права гражданъ. Поэтому въ административной дѣятельности возможны такого рода случаи, что органъ власти въ чрезмѣрномъ рвеніи службы, увлекаясь одностороннимъ стремленіемъ возможно скорѣе и полнѣе осуществить одну какую-нибудь ему ввѣренную задачу управленія, нарушитъ требованія закона. Побужденіемъ къ правонарушенію окажется тутъ стремленіе въ вящщему исполненію своей служебной задачи во что бы то ни стало, хотя-бы съ нарушеніемъ требованій закона. Если при этомъ нарушается какое-нибудь второстепенное, неимѣющее большаго значенія велѣніе закона, а достигаемая цѣль имѣетъ первостепенную важность для государства, было бы, можетъ быть, и нецѣлесообразно, и несправедливо подвергать служащаго уголовной отвѣтственности, не смотря на крупную услугу, оказанную имъ государству. Но это будетъ такъ только при томъ условіи, если значеніе нарушеннаго закона совершенно заслоняется значеніемъ достигнутой цѣли. Неприкосновенность существеннѣйшихъ правъ и авторитетъ важнѣйшихъ постановленій закона, какъ основа всего государственнаго порядка, не должны уступать требованіямъ осуществленія никакой отдѣльной задачи государственнаго управленія. Между тѣмъ уголовная санкція, придаваемая закону, есть вѣрнѣйшій признакъ его важнаго значенія. Въ примѣненіи карательной власти современныя государства соблюдаютъ строгую экономію. Нигдѣ уголовная санкція не придается всѣмъ постановленіямъ законодательства безразлично. Вездѣ она является

принадлежностью лишь важнѣйшихъ, основныхъ, требующихъ особенно безусловнаго, строгаго соблюденія постановленій закона.

Поэтому надѣлить налагаемую закономъ на служащихъ обязанность уголовной санкціей и вмѣстѣ съ тѣмъ признавать, что она можетъ быть нарушена безнаказанно по соображеніямъ административной цѣлесообразности—значитъ впадать въ неразрѣшимое самопротиворѣчіе. Если налагаемая закономъ обязанность не существенна, нѣтъ основанія предусматривать ея нарушеніе въ уголовномъ законѣ подъ страхомъ наказанія. Если же она существенна и потому дѣйствительно требуетъ уголовной санкціи, ей нельзя отказать въ безусловномъ значеніи, не допускающемъ подчиненія ея измѣнчивымъ и условнымъ соображеніямъ цѣлесообразности.

Такъ и въ иностранныхъ уголовныхъ кодексахъ предусмотрѣны лишь немногія и точно опредѣленныя важнѣйшія формы злоупотребленія властью, но наказуемость ихъ уже не ставится въ зависимость отъ наличности побужденія, несовмѣстнаго съ долгомъ службы.

Другое затрудненіе, вытекающее неизбѣжно изъ отождествленія дисциплинарныхъ и уголовно-наказуемыхъ правонарушеній, относится къ опредѣленію субъективныхъ условій возможности совершенія тѣхъ и другихъ.

Дисциплинарныя провинности по проекту—тѣ же должностныя преступныя дѣянія, только менѣе тяжкія. Если такъ, субъективныя условія возможности ихъ совершенія должны быть также одни и тѣ же. Между тѣмъ возможность совершенія дисциплинарной провинности предполагаетъ подчиненіе служебной дисциплинѣ и, слѣдовательно, состояніе на службѣ—и одного этого условія достаточно. Не требуется занятія должности или исполненія какого-нибудь порученія по службѣ. Служащій, причисленный къ министерству, не занимающій никакой должности и не получившій никакого порученія, можетъ все-таки провиниться противъ требованій служебной дисциплины, напр. грубостью въ отношеніи къ начальству, употребленіемъ въ оффиціальныхъ бумагахъ неприличныхъ выраженій, производствомъ запрещенныхъ по роду его службы промысловъ или торговли, вступленіемъ въ запрещенныя по роду службы имущественныя сдѣлки, производствомъ явно безнравственнаго промысла, несоблюденіемъ формы въ одеждѣ, и т. п. [1]). Но никакихъ особыхъ, недоступныхъ частному лицу, преступныхъ дѣяній такой служащій совершить не можетъ. Точно также не можетъ онъ совершить общаго преступнаго дѣянія «служебнымъ способомъ дѣйствія», такъ какъ это предполагаетъ наличность служебныхъ полномочій (VIII, 63),

[1]) Всѣ эти примѣры взяты изъ составленнаго редакціонной коммисіей проекта устава о служебныхъ провинностяхъ, ст. 37, 39, 41.

а у причисленнаго, никакимъ порученіемъ не занятаго, никакихъ полномочій нѣтъ.

Если, такимъ образомъ, съ одной стороны, состояніе на службѣ есть необходимое условіе возможности совершенія дисциплинарныхъ провинностей, а съ другой, его одного еще недостаточно для возможности совершенія преступныхъ дѣяній «служебнымъ способомъ посягательствъ», то какъ согласить это съ различіемъ дисциплинарныхъ провинностей и преступныхъ дѣяній только по тяжести положенныхъ за нихъ наказаній?

Составители проекта думали устранить это затрудненіе, установивъ совершенно новое своеобразное пониманіе службы.

Въ самомъ проектѣ, въ ст. 538, дано такое опредѣленіе: «служащимъ почитается какъ органъ государственной или общественной власти, занимающій должность или исполняющій временное порученіе по службѣ, такъ и служитель сей власти». При этомъ въ объясненіяхъ указывается (VIII, 19), что служащимъ долженъ считаться безразлично и тотъ, кто занимаетъ должность «по вольному найму», т. е. другими словами, кто на службѣ не состоитъ.

Такое опредѣленіе служащаго стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ терминологіей и постановленіями Уст. служб. прав. Тамъ состояніе на службѣ и занятіе должности различается весьма опредѣленно Стóитъ только взглянуть на оглавленіе перваго раздѣла Уст. служб. прав. и будетъ ясно, что вся система его содержанія построена именно на противоположеніи понятій «принятіе на службу» и «опредѣленія къ должностямъ». Въ отдѣльныхъ же статьяхъ прямо указана возможность принятія въ службу безъ опредѣленія въ должности.

И сами составители проекта не отождествляютъ службы съ должностью, признаютъ ихъ различіе. Отъ смѣшенія службы, какъ *особаго рода государственной дѣятельности*, съ «должностью», «мѣстомъ» и въ особенности съ «правами и обязанностями органовъ власти», т. е. лицъ, отправляющихъ службу или занимающихъ извѣстную должность, и происходитъ, говорятъ они, та сбивчивость и запутанность, которая встрѣчается и въ законѣ, и въ судебной практикѣ, и которая привела даже къ тому, что и самыя посягательства, учиняемыя служащими при осуществленіи ихъ дѣятельности въ порядкѣ управленія, нерѣдко именуются преступленіями *должности*, т. е. дѣяніями, виновниками въ которыхъ могутъ быть только состоящіе на дѣйствительной государственной или общественной службѣ, а не по вольному найму (VIII, 9).

Однако то словоупотребленіе, въ которомъ составители проекта видятъ опасное смѣшеніе понятій, въ дѣйствительности прочно установилось не только на языкѣ Свода законовъ, но и общества. Русскому человѣку какъ-то странно слышать, будто лицо, выполняющее какія-либо услуги для государства, не состоя на службѣ, по найму, есть слу-

жащій, а состоящій на службѣ, но незанимающій должности и не получившій отъ начальства никакого порученія—неслужащій, какъ въ этомъ стараются убѣдить составителя проекта. Да и въ германскомъ законодательствѣ та же терминологія. Оно не знаетъ *служебныхъ* преступленій, а только должностныя: Amtsdelicten, Amtsverbrechen, напротивъ, дисциплинарныя провинности — Dienstvergehen. Не можетъ быть никакого сомнѣнія, что именно Dienst означаетъ службу, а Amt—должность. И составители проекта не рѣшились переводить Amt службою, а прибѣгаютъ къ описательному и совершенно неопредѣленному переводу «участіе въ государственномъ управленіи», противополагая такое «участіе» службѣ [1]).

Конечно, ничего не можетъ быть скучнѣе и безплоднѣе спора о словахъ. Какъ бы ни называть вещи, только бы называть ихъ всегда одинаково. Но именно поэтому въ законодательствѣ должна быть вездѣ одинаковая терминологія. Нельзя допустить, чтобы въ Уставѣ о службѣ служба означала службу, а въ уголовномъ Уложеніи — должность. Мѣнять же издавна установившуюся и всѣмъ привычную терминологію можно только въ силу серьезныхъ мотивовъ. Чѣмъ же вызвано вводимое проектомъ коренное измѣненіе значенія термина «служба»? Единственно, принятымъ составителями ученіемъ о тождествѣ дисциплинарной и уголовной отвѣтственности. Дисциплинарная отвѣтственность, очевидно, обусловлена состояніемъ на службѣ: неслужащій не подчиненъ служебной дисциплинѣ. Должностныя же преступленія могутъ быть учиняемы и несостоящими на службѣ, а занимающими должность по найму. Значитъ, различіе уголовной и дисциплинарной отвѣтственности не въ одной тяжести наказаній. И вотъ, чтобы уйти отъ этого необходимаго вывода, должность называютъ службой и всѣ должностныя преступленія, хотя и неимѣющія никакого отношенія къ условію службы, перекрещиваютъ по подобію дисциплинарныхъ провинностей въ преступныя дѣянія по службѣ.

Любопытно, что и въ самомъ проектѣ новое понятіе службы, совершенно расходящееся и съ установившимся словоупотребленіемъ и съ терминологіей Свода законовъ, не выдержано. Опредѣляя въ ст. 538 службу, какъ занятіе должности, въ первой главѣ проектъ различаетъ лишеніе должностей и лишеніе права службы.

Своеобразное опредѣленіе службы, выставляемое проектомъ и рѣзко расходящееся съ терминологіей Уст. служб. прав. и съ установившимся словоупотребленіемъ, повліяло неблагопріятно и на общій характеръ постановленій проекта относительно ограниченія служебныхъ правъ.

---

[1]) Объясненія, т. VIII, стр. 15; но во всѣхъ сложныхъ словахъ, напр. Amtsgeschäfte, Amtsverbrechen и т. п., Amt переводится службой.

Проектъ вовсе не знаетъ особенныхъ наказаній за преступныя дѣянія по службѣ. Въ главѣ XXXV установляются тѣ же самыя каратель-ныя мѣры, какъ и въ другихъ частяхъ проекта. Но съ нѣкоторыми наказаніями на основаніи постановленія первой главы соединяется пораженіе служебныхъ правъ. Съ болѣе тяжкими наказаніями это послѣдствіе соединяется всегда, въ какой бы главѣ проекта преступное дѣяніе, за которое осужденъ виновный, ни было предусмотрѣно. Таковы смертная казнь, каторга, поселеніе, исправительный домъ. Съ другими наказаніями пораженія служебныхъ правъ соединяются только, когда они назначены за преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя въ опредѣленныхъ главахъ проекта (18 и 28—35): таковы тюрьма. Наконецъ, съ арестомъ пораженіе служебныхъ правъ, въ формѣ удаленія отъ должности, соединяется въ случаяхъ спеціально оговоренныхъ.

Пораженіе служебныхъ правъ проектъ установляетъ въ четырехъ различныхъ видахъ: 1) лишеніе должностей, сана, и отличій (ст. 22,1); 2) лишеніе однихъ должностей (ст. 22,2); 3) лишеніе права поступать на службу (ст. 24, п. 2; ст. 35), и 4) удаленіе отъ должности (ст. 26, п. 4).

Такимъ образомъ проектъ вовсе не знаетъ исключенія изъ *службы:* можно быть лишеннымъ должностей или удаленнымъ отъ должности; можно лишиться права поступать на службу, но нельзя быть исключеннымъ изъ службы. Въ объясненіяхъ къ проекту это мотивируется тѣмъ, «что проектъ не знаетъ вѣчнаго пораженія правъ даже за тяжкія преступныя дѣянія». Поэтому «и въ настоящемъ случаѣ можетъ идти рѣчь не объ исключеніи изъ службы, а лишь о простыхъ служебныхъ взысканіяхъ, каковыми представляются по дѣйствующему закону отрѣшеніе и удаленіе отъ должности» (VIII, 128, 129).

Дѣйствующее законодательство дѣйствительно знаетъ лишь исключеніе изъ службы, соединяемое во всѣхъ случаяхъ съ лишеніемъ навсегда права вступать снова въ какую-либо государственную службу (Улож. наказ., ст. 66). Но нельзя, какъ это дѣлаетъ проектъ, и при обсужденіи вопроса de lege ferenda считать возможнымъ срочное удаленіе только отъ должности, а не отъ службы. Наше законодательство допускаетъ состояніе на службѣ безъ занятія какой-либо должности. Лица, причисленныя къ министерствамъ, считаются состоящими на службѣ, хотя не занимаютъ никакой должности. Поэтому по постановленіямъ проекта они окажутся въ ничѣмъ неоправдывасмомъ привилегированномъ положеніи сравнительно съ занимающими должности. Неимѣющихъ никакой должности нельзя, конечно, ни лишить ся, ни удалить отъ нея Оказывается, такимъ образомъ, что для служащихъ этой категоріи никакое уголовное наказаніе, даже самое тяжкое, не повлечетъ за собою никакого ограниченія служебныхъ правъ. И это тѣмъ несомнѣннѣе, что ст. 24, п. 3

проекта говоритъ о лишеніи правъ только *поступать* на службу, а не *состоять* на службѣ.

Кромѣ того, такъ какъ проектъ говоритъ только о лишеніи *должностей*, то онъ какъ-бы допускаетъ возможность такихъ лицъ, лишенныхъ по судебному приговору должностей, оставлять все-таки на службѣ въ качествѣ причисленныхъ, что едва-ли удобно.

Слѣдовало бы, по крайней мѣрѣ, съ болѣе тяжкими наказаніями соединить не только лишеніе должностей, но и исключеніе изъ службы, при чемъ послѣдствію этому нѣтъ никакой необходимости придавать вѣчное, безповоротное значеніе. Исключеніе изъ службы могло бы сопровождаться лишь срочнымъ лишеніемъ права поступать вновь на службу.

Не мало сомнѣній возбуждаютъ и установленныя проектомъ формы пораженія служебныхъ правъ. Такъ въ самомъ текстѣ не опредѣлено различіе между лишеніемъ должностей и удаленіемъ отъ должности. Между тѣмъ выраженія эти въ проектѣ употребляются, какъ очевидно различныя. Лишенію должностей подвергаются всѣ приговоренные къ смертной казни, каторгѣ, поселенію, исправительному дому и приговоренные къ тюрьмѣ за дѣянія, предусмотрѣнныя главами 18 и 28 — 35 проекта. Заточеніе и арестъ никогда не влекутъ за собою лишенія должности. Напротивъ, удаленіе отъ должности присоединяется къ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. Въ XXXV главѣ проекта всего три такихъ случая; во всѣхъ нихъ удаленіе отъ должности соединяется съ арестомъ. Случаи эти слѣдующіе: 1) незаконное лишеніе свободы, вслѣдствіе незнанія своихъ обязанностей или небрежнаго исполненія оныхъ (ст. 554); 2) производство въ общественномъ зданіи или въ чужомъ помѣщеніи, или иномъ владѣніи, не смотря на несогласіе хозяина, обыска или инаго служебнаго дѣйствія безъ надлежащаго на учиненіе сего дѣйствія уполномочія или разрѣшенія, или въ безусловно недозволенное закономъ время (ст. 562), и 3) небреженіе службою или надзоромъ за подчиненными, буде послѣдствіемъ было запущеніе или иное разстройство ввѣренной ему отрасли служебной дѣятельности (ст. 581). Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ удаленіе назначается на время отъ шести мѣсяцевъ до одного года.

Изъ этого, однако, не слѣдуетъ заключать, чтобы отличіе удаленія отъ лишенія состояло въ срочности. По проекту всѣ виды пораженія служебныхъ правъ срочны, даже лишеніе права поступать на государственную службу (ст. 24). Отбывшій каторгу или исправительный домъ по истеченіи десяти лѣтъ, а отбывшій поселеніе — по истеченіи пяти лѣтъ, получаетъ вновь право поступленія на государственную службу безо всякихъ ограниченій, слѣдовательно можетъ быть назначенъ снова на свою прежнюю должность.

Напротивъ, удаленіе отъ должностей въ нѣкоторыхъ случаяхъ установляется проектомъ *навсегда*: для духовныхъ лицъ инославнаго исповѣданія, виновныхъ въ совершеніи надъ завѣдомо православными лицами конфирмаціи, муропомазанія, брака и т. п. (ст. 343, 344).

Различіе между лишеніемъ *должностей* и удаленіемъ отъ *должности* иное: удаляется служащій отъ *одной* должности; лишается — *всѣхъ* занимаемыхъ имъ должностей. Это выражено въ самомъ проектѣ тѣмъ, что при лишеніи говорится о *должностяхъ*, при удаленіи — о *должности* и подтверждается объяснительной запиской. «Сіе пораженіе правъ, говорится въ ней (VIII, 130), будетъ не отрѣшеніемъ отъ должности, а лишеніемъ должностей, — ибо не требуетъ доказательствъ, что было бы явно неосновательно, въ случаѣ занятія виновнымъ нѣсколькихъ должностей и учиненія злоупотребленія только по одной изъ нихъ, оставлять его на службѣ во всѣхъ остальныхъ мѣстахъ его служенія». Напротивъ, «удаленіе отъ должности, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, означаетъ прекращеніе служебныхъ полномочій по той должности, на которой учинено имъ злоупотребленіе службою. Оставлять безъ вниманія это существенное различіе—невозможно уже потому, что преступное небреженіе или упущеніе по данной должности можетъ часто имѣть своимъ основаніемъ усиленный и успѣшный трудъ служащаго по другому, совмѣстно занимаемому имъ мѣсту, — удаленіе его съ котораго за проступокъ по другой его должности было бы и нецѣлесообразно и несправедливо» (VIII, 131).

Занятіе одновременно однимъ лицомъ нѣсколькихъ должностей встрѣчается лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Рѣшительное большинство служащихъ занимаетъ только одну должность. Уже по этому едва-ли имѣется основаніе—по такому, лишь въ рѣдкихъ случаяхъ имѣющему практическое значеніе, признаку—установлять различіе отдѣльныхъ формъ пораженія служебныхъ правъ.

По словамъ объясненій къ проекту «удаленіе отъ должности *не заключаетъ въ себѣ никакихъ признаковъ пораженія правъ*, представляя собою лишь простой отказъ отъ дальнѣйшаго пользованія услугами служащаго. Самый же этотъ отказъ можетъ быть вызванъ исключительно лишь соображеніями пригодности или неспособности служащаго къ исполненію его служебныхъ обязанностей» (VIII, 130).

Если такъ, то казалось бы, къ удаленію отъ должности вовсе непримѣнимы соображенія, приводимыя противъ безсрочности пораженія правъ. Признаніе чиновника неспособнымъ ничего у него не отнимаетъ, а только установляетъ фактъ. Къ тому же неспособный не можетъ стать способнымъ черезъ какихъ-нибудь полгода или годъ. Поэтому удаленіе отъ данной именно должности, казалось-бы, должно быть безповоротнымъ Но проектъ знаетъ удаленіе навсегда только для инославныхъ священ

нослужителей. Для служащихъ собственно удаленіе назначается на срокъ отъ полугода до года. При томъ, такъ какъ это—не лишеніе права поступать на службу и не удаленіе отъ службы, а только удаленіе отъ данной должности, то и до истеченія срока удаленія удаленный сохраняетъ право и оставаться въ другихъ своихъ должностяхъ, и вновь поступать на другія должности. Срокъ удаленія относится, очевидно, только къ той самой должности, съ которой виновный удаленъ. Значитъ, по истеченіи срока удаленія, виновный имѣетъ право снова занять свою прежнюю должность; за это время ее можно замѣстить другимъ лицомъ на время. Возможенъ ли такой порядокъ? Возможно ли, чтобы служащій, удаленный за «небреженіе службою», имѣвшее своимъ послѣдствіемъ запущеніе ввѣренной ему отрасли служебной дѣятельности, сохранялъ право черезъ полгода занять снова ту же должность?

Быть можетъ, этотъ срокъ имѣетъ лишь то значеніе, что до истеченія его удаленный не можетъ быть вновь назначенъ, а по истеченіи—возвращеніе его къ прежней должности зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія начальства? Но и въ такомъ случаѣ полугодовой срокъ слишкомъ малъ. Немыслимо, чтобы начальство, считавшее невозможнымъ ограничиться дисциплинарнымъ взысканіемъ и предавшее чиновника уголовному суду, черезъ полгода само пожелало возвратить ему ту же самую должность.

Соотношеніе, въ какое проектомъ поставлены лишеніе должностей и лишеніе права поступать на службу, вызываетъ также не малыя сомнѣнія. Казалось бы, потеря служебной правоспособности само собой дѣлаетъ невозможнымъ сохраненіе должности. Если бы въ проектѣ говорилось о лишеніи права *состоять* на службѣ, особое постановленіе о лишеніи вмѣстѣ съ тѣмъ и занимаемой должности было бы совершенно излишне. Но проектъ установляетъ лишеніе только права *поступать* на службу (ст. 24 и 25) и сообразно съ тѣмъ содержитъ особое постановленіе о лишеніи занимаемыхъ должностей (ст. 22). При этомъ съ лишеніемъ права поступить на службу не всегда соединяется лишеніе должности. Такъ, заточеніе никогда не влечетъ за собой этого послѣдствія. Лишеніе права поступать на службу соединяется съ заточеніемъ только когда оно назначается на срокъ свыше года, и то лишь «со дня вступленія приговора въ силу до освобожденія изъ заключенія» (ст. 25). Выходитъ, что приговоренные къ заточенію на срокъ менѣе года сохраняютъ право поступать на службу даже во время заточенія! Едва-ли что-либо подобное возможно на самомъ дѣлѣ.

Несоединеніе съ заточеніемъ лишенія должностей и ограниченіе, соединяемаго съ продолжительнымъ заточеніемъ, лишенія права поступать на службу только временемъ самаго заточенія основано, надо думать, на томъ, что заточенію усвоенъ характеръ custodiae honestae (I, 28).

«Заточеніе,—по мнѣнію Редакціонной Коммисіи,—должно быть назначаемо за такія дѣянія, которыя хотя и заключаютъ въ себѣ иногда весьма тяжкія нарушенія закона, причиняютъ существенный вредъ и сопряжены съ значительною даже опасностью для общества, но вмѣстѣ съ тѣмъ не выказываютъ ни особой испорченности, ни безнравственности виновнаго, а болѣе свидѣтельствуютъ объ его *неумѣніи подчинять порывы своихъ желаній требованіямъ закона*». «Сообразно съ такимъ особеннымъ характеромъ заточенія, и послѣдствія этого наказанія, напр. въ области пораженія правъ, являются отличными отъ послѣдствій другихъ наказаній, равныхъ съ нимъ по срокамъ: по предположеніямъ коммисіи, заточеніе будетъ сопровождаться только такими правопораженіями, которыя съ неизбѣжностью вытекаютъ изъ самаго факта долговременнаго содержанія въ заключеніи» (I, 169, 170).

Какъ ни хороша сама по себѣ мысль объ установленіи для нѣкоторыхъ преступленій карательныхъ мѣръ чуждыхъ позорнаго характера, нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ не замѣтить, что въ особенной части проекта заточеніе полагается за многія такія дѣянія, виновность въ которыхъ совершенно несовмѣстима съ оставленіемъ виновныхъ на государственной службѣ. Таковы, напримѣръ,—«заочныя оскорбленіе, угроза или надругательство, учиненныя безъ цѣли возбудить неуваженіе къ особѣ царствующаго Императора» (ст. 75); устройство и руководство публичнымъ скопищемъ съ цѣлью выразить неуваженіе верховной власти, или заявить сочувствіе мятежу или измѣнѣ (ст. 81); покушеніе на насильственное низверженіе правительства дружественнаго Россіи государства (ст. 94); воспрепятствованіе насиліемъ или наказуемой угрозой желающему присоединиться къ православной вѣрѣ (ст. 345).

Въ самой XXXV главѣ заточеніе полагается въ нѣкоторыхъ случаяхъ за такія дѣянія, въ отношеніи къ которымъ едва-ли умѣстно наказаніе съ характеромъ custodiae honestae. Вторая часть ст. 588 назначаетъ заточеніе за «представленіе къ увольненію отъ службы своего подчиненнаго завѣдомо за дѣйствія, согласныя съ долгомъ службы, буде увольненіе вслѣдствіе сего послѣдовало», а ст. 560 и 578—даже за преступныя дѣянія *по корыстному побужденію*. При томъ во всѣхъ этихъ случаяхъ заточеніе назначается на срокъ не свыше одного года, и слѣдовательно, согласно ст. 25, осужденные за такого рода дѣянія, даже во время отбытія наказанія, не лишаются права поступать на службу.

Разъ заточеніе полагается за подобныя дѣянія, едва-ли возможно не связывать съ нимъ ограниченія служебныхъ правъ. Къ тому же въ объясненіяхъ самихъ составителей проекта приводятся соображенія, доказывающія именно необходимость такихъ ограниченій. Заточеніе предполагается установить за дѣянія, «свидѣтельствующія о неумѣніи виновнаго подчинять порывы своихъ желаній требованіямъ закона». Но такое

умѣнье необходимо для каждого должностного лица. Кто не умѣетъ подчинять порывовъ своихъ желаній требованіямъ закона, тотъ не долженъ быть органомъ власти.

Лишеніе служебной правоспособности соединяется съ одними наказаніями безусловно, съ другими—только когда они назначаются за опредѣленныя категоріи преступныхъ дѣяній. Каторга, поселеніе и исправительный домъ во всѣхъ случаяхъ влекутъ за собою лишеніе права поступать на службу, каторга и исправительный домъ—на 10 лѣтъ, а поселеніе—на 5 лѣтъ (ст. 24). Тюремное заключеніе сопровождается лишеніемъ служебной правоспособности только для лицъ, приговоренныхъ къ тюрьмѣ за дѣянія, предусмотрѣнныя главами 18 (посягательства на союзъ семейный) и 28—35 (поврежденіе имущества, путей сообщенія, знаковъ или иныхъ предметовъ; необъявленіе о находкѣ, присвоеніе чужого имущества и злоупотребленіе довѣріемъ; воровство, разбой и вымогательство; мошенничество; банкротство, ростовщичество; посягательство на авторское право; самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ; преступныя дѣянія по службѣ). При этомъ срокъ лишенія служебной правоспособности опредѣляется отъ года до пяти лѣтъ, если за учиненное дѣяніе опредѣлена тюрьма съ указаніемъ низшаго предѣла времени заключенія, и отъ года до трехъ лѣтъ, если такого предѣла не указано. Приговоренные къ тюрьмѣ за дѣянія, предусмотрѣнныя другими главами [1]) проекта, лишаются служебной правоспособности только на время самаго заключенія. Практически это, конечно, равносильно совершенному отсутствію лишенія служебной правоспособности. Едва-ли, въ самомъ дѣлѣ, мыслимо поступленіе на службу лица, заключеннаго въ тюрьму. Однако, между дѣяніями, предусмотрѣнными въ 18 и 28—35 главахъ, и дѣяніями, предусмотрѣнными въ другихъ главахъ проекта, нерѣдко нѣтъ никакого существеннаго различія, особенно въ ихъ отношеніи къ служебной правоспособности. Вотъ нѣсколько примѣровъ.

Поруганіе дѣйствіемъ самого усопшаго, преданнаго или не преданнаго землѣ, предусмотрѣно въ XVII главѣ (ст. 333), а поврежденіе могилы или надгробнаго памятника безъ поруганія памяти умершаго—въ XXVIII (ст. 464). Безъ сомнѣнія, первое изъ этихъ преступныхъ дѣяній представляется болѣе тяжкимъ, обнаруживающимъ большую без-

---

[1]) А именно III, ст. 68; V, ст. 80; VI, ст. 100, 102, 103, 105, 106, 107, 110, 112, 113; VII, ст. 115, 117, 118, 121, 124, 125, 127, 130, 131, 132, 134; VIII, ст. 144, 148; IX, ст. 167, 169, 170; X, ст. 177, 178, 179, 180; XI, ст. 192, 203; XII, ст. 211, 220, 222, 223; XIII, ст. 252, 253, 264, 268, 269, 271, 272, 278; XIV, ст. 289, 292, 295; XV, ст. 297, 298, 299, 308, 310; XVI, ст. 312, 315; XVII, ст. 328, 329, 333, 334; XIX, ст. 369, 370, 377, 378, 379, 382; XX, ст. 388, 389, 394; XXI, ст. 399, 400, 406; XXIII, ст. 418: XXIV, ст. 420, 428, 430, 434: XXV, ст. 435, 436, 439, 445: XXVI, ст. 447, 437, 454; XXVII, ст. 457, 450, 459.

нравственность виновнаго, и въ самомъ проектѣ за него положена тюрьма съ низшимъ предѣломъ въ три мѣсяца, между тѣмъ какъ за поврежденіе памятника—безъ такого предѣла. Но такъ какъ о поврежденіи памятника говорится въ XXVIII главѣ, приговоренный за то къ тюрьмѣ будетъ лишенъ права поступать на службу въ теченіе времени отъ года до трехъ лѣтъ; приговоренный же къ тюрьмѣ за поруганіе усопшаго, сейчасъ послѣ освобожденія, можетъ поступать на службу, такъ какъ дѣяніе это предусмотрѣно въ XVII главѣ.

Если имѣющій попеченіе или надзоръ за малолѣтней дѣвицей станетъ потворствовать ей въ непотребствѣ или иномъ развратѣ, будучи приговоренъ къ тюрьмѣ, онъ лишается права поступать на службу [1]); если же онъ самъ обольститъ ее и совершитъ съ ней совокупленіе, то сохранитъ безъ всякихъ ограниченій свою служебную правоспособность [2]).

Виновный въ поврежденіи предостерегательнаго знака, установленнаго для безопасности желѣзнодорожнаго движенія, лишается служебной правоспособности [3]), а принудившій насиліемъ или наказуемой угрозой лицо, на коего возложена подача знаковъ, охраняющихъ безопасность желѣзнодорожнаго движенія, къ неисполненію его обязанности—сохранитъ свои служебныя права въ неприкосновенности [4]).

Лишеніе права поступать на службу налагается за поврежденіе «виноградной лозы въ чужомъ виноградникѣ посредствомъ зараженія филоксерою» [5]) и не имѣетъ мѣста при осужденіи за «умышленное сорваніе, поврежденіе или искаженіе публично выставленныхъ, по распоряженію органа власти, объявленія или иного правительственнаго документа, надписи, герба или иного знака власти», даже если «сіе учинено съ цѣлію оказать неуваженіе власти» [6]).

Лишеніе права поступать на службу распространяется на осужденныхъ за ростовщичество, хотя-бы оно и не составляло промысла [7]), и не касается содержателей игорныхъ домовъ для производства запрещенныхъ игръ [8]).

Нельзя также не замѣтить, что постановленія проекта относительно пораженія служебныхъ правъ не согласованы съ дѣйствующими законами о службѣ гражданской. Постановленія проекта какъ-бы предпола-

---

[1]) Ст. 361, п. 4, въ главѣ XVIII.
[2]) Ст. 439, въ главѣ XXV.
[3]) Ст. 468, п. 3, въ главѣ XXVIII.
[4]) Ст. 106, въ главѣ VI.
[5]) Ст. 462, п. 9, въ главѣ XXVIII.
[6]) Ст. 113, въ главѣ VI.
[7]) Ст. 513, въ главѣ XXXII.
[8]) Ст. 295, въ главѣ XIV.

гаютъ, что право поступать на гражданскую службу принадлежитъ всѣмъ русскимъ подданнымъ, неопороченнымъ по суду. Въ дѣйствительности право это предоставляется лишь въ силу особыхъ, точно опредѣленныхъ въ законѣ основаній. Право вступать въ гражданскую службу обусловлено: 1) или личнымъ состояніемъ, или 2) состояніемъ родителей, 3) или образованіемъ. По личному состоянію право службы имѣютъ потомственные дворяне. По состоянію родителей—сыновья личныхъ дворянъ, офицеровъ, чиновниковъ, канцелярскихъ служителей, священнослужителей, художниковъ, придворныхъ служителей, коммерціи-совѣтниковъ, купцовъ, состоящихъ въ первой гильдіи болѣе 12 лѣтъ, и т. п. Наконецъ, по образованію получаютъ право государственной службы имѣющіе высшее образованіе или окончившіе гимназію съ отличіемъ (Уст. служб. прав., ст. 3 и 5). Лица этой послѣдней категоріи при самомъ поступленіи на службу производятся въ классный чинъ. Не имѣющіе же образовательнаго ценза принимаются на службу только канцелярскими служителями.

Понятно, что карательныя ограниченія служебныхъ правъ, установляемыя проектомъ, отзовутся далеко не одинаково на лицахъ этихъ трехъ различныхъ категорій.

Такъ какъ, согласно ст. 23, каторга, поселеніе и исправительный домъ соединяются съ лишеніемъ дворянства навсегда, сопровождающее эти наказанія лишеніе права поступать на службу не ограничится для дворянъ 10 или 5-лѣтнимъ срокомъ, а будетъ безсрочнымъ.

Поступившіе на службу по праву образованія, въ случаѣ присужденія ихъ къ тѣмъ же наказаніямъ, лишатся служебной правоспособности только на опредѣленный срокъ. Но такъ какъ лишеніе чиновъ, по ст. 22, всегда безсрочно, то при возвращеніи на службу едва-ли имъ можно будетъ возвратить чинъ, обусловленный ихъ образовательнымъ цензомъ и, надо думать, имъ придется начать съ положенія канцелярскихъ служителей.

Въ наиболѣе льготномъ положеніи окажутся лица, пользующіяся правомъ государственной службы по состоянію своихъ родителей. По истеченіи срока временнаго лишенія права поступать на службу, они окажутся въ тѣхъ же условіяхъ, какъ и до суда. Хотя-бы отбывшіе и каторгу, они все-таки останутся сыновьями своихъ родителей и такимъ образомъ сохранятъ прежнія свои права государственной службы.

IV.

Обращаясь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ статей главы XXXV, мы и тутъ замѣчаемъ вліяніе принятаго составителями проекта отождествленія дисциплинарной и уголовной отвѣтственности и опредѣленія долж-

ностныхъ проступныхъ дѣяній, какъ преступныхъ дѣяній по службѣ. На первомъ мѣстѣ поставлена задача обезпеченія порядка службы, исполненія служебныхъ обязанностей. Охрана частныхъ лицъ и общества отъ возможныхъ злоупотребленій властью, присвоенной той или другой должности,—отодвинуты совершенно на задній планъ.

Такой характеръ постановленій главы XXXV замѣчается уже въ самомъ расположеніи отдѣльныхъ ея статей. Правда, глава эта, какъ всѣ вообще главы проекта, кромѣ первой, не имѣетъ подраздѣленій, обозначенныхъ особыми рубриками, но тѣмъ не менѣе въ основу расположенія отдѣльныхъ ея статей положена опредѣленная и весьма своеобразная схема, выражающая основныя воззрѣнія составителей проекта на существо «преступныхъ дѣяній по службѣ».

Въ объяснительной запискѣ схема эта разъясняется слѣдующимъ образомъ: «Коммисія полагала и здѣсь принять въ руководство общее начало проекта, т. е. распредѣленіе преступныхъ дѣйствій по объектамъ или предметамъ посягательствъ. Въ семъ отношеніи, преступная дѣятельность въ порядкѣ управленія, посягая на охраняемый закономъ интересъ закономѣрности служебной дѣятельности, въ непосредственномъ своемъ появленіи можетъ причинять вредъ и опасность порядку управленія, въ его сферахъ законодательной, административной или судебной, частнымъ лицамъ и ихъ интересамъ, или, наконецъ, самому порядку службы, служебной дисциплинѣ» (VIII, 141—143). Сообразно съ этимъ получилась такая схема (VIII, 144):

«I. Общія преступныя дѣянія служащихъ (ст. 538).

II. Противодѣйствіе власти законодательной (ст. 539—541).

III. Противодѣйствіе государству по охранѣ общественной безопасности [1]) (ст. 542—547).

1) Злоупотребленіе правомъ призыва военной силы (ст. 542).

2) Попустительство преступныхъ дѣяній (ст. 543—547).

IV. Противодѣйствіе правосудію (ст. 548—555).

V. Посягательство на права и интересы (ст. 556—577):

1) оглашеніемъ или нарушеніемъ тайнъ вообще и неприкосновенности почтовой и телеграфной корреспонденціи въ особенности (ст. 556—559);

2) притѣсненіемъ лицъ, долженствующихъ пользоваться услугами служащаго (ст. 560—563);

3) взяточничествомъ и лихоимствомъ (ст. 564—575);

4) злоупотребленіями по производству публичныхъ торговъ (ст. 576);

---

[1]) По смыслу записки, это соотвѣтствуетъ противодѣйствію административной власти.

5) участіемъ въ казенныхъ подрядахъ и поставкахъ (ст. 577).

VI. Противодѣйствіе условіямъ службы (ст. 578—589).

Коммисія оговаривается, что схема эта «имѣетъ значеніе только для установленія послѣдовательности преступныхъ дѣяній по службѣ, не вліяя на опредѣленіе состава каждаго изъ нихъ въ отдѣльности» (VIII, 143). На дѣлѣ, однако, указанной схемой опредѣлился не одинъ только внѣшній порядокъ расположенія статей XXXV главы, но и самое ея содержаніе и составъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, въ ней предусмотрѣнныхъ.

Схема эта всецѣло опредѣлилась основнымъ взглядомъ составителей проекта, отождествляющимъ дисциплинарную и уголовную отвѣтственность. Поэтому въ рубрикахъ своей схемы они видятъ все только отдѣльныя «группы злоупотребленій службою» (VIII, 144). Если не считать ст. 538, опредѣляющей отвѣтственность служащихъ за общія преступныя дѣянія, изъ пяти остальныхъ группъ четыре имѣютъ въ виду именно интересы службы; а группа, охватывающая посягательства на права и интересы, является какимъ-то случайнымъ придаткомъ, не вяжущимся съ общимъ построеніемъ схемы: всѣ другія группы говорятъ только о случаяхъ противодѣйствія власти законодательной, административной, судебной и противодѣйствія условіямъ службы.

Затѣмъ распредѣленіе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, по рубрикамъ этой схемы во многихъ случаяхъ привело къ характернымъ особенностямъ въ опредѣленіи ихъ состава.

Таково, напримѣръ, установленіе наказуемости отмѣны закона лицомъ, не имѣющимъ на то права (ст. 539). Подобное постановленіе, не имѣющее за собой дѣйствительной практической потребности, могло понадобиться только затѣмъ, чтобы чѣмъ-нибудь заполнить рубрику «противодѣйствія власти законодательной».

Точно также только отнесеніемъ статьи 551 подъ рубрику «противодѣйствіе правосудію» можно объяснить, что незаконное стѣсненіе свободы должностнымъ лицомъ предусмотрѣно въ ней лишь подъ условіемъ совершенія этого преступнаго дѣянія въ формѣ исполненія постановленія, завѣдомо не подлежащаго исполненію или въ формѣ неподлежащаго исполненія законнаго постановленія. Должностное лицо, лишившее кого-либо свободы безъ всякаго о томъ постановленія, хотя-бы это выразилось въ примѣненіи къ нему каторжныхъ работъ, согласно проекту можетъ отвѣчать не по ст. 551, а только по ст. 420, предусматривающей лишеніе свободы частными лицами и установляющей наказаніемъ, если срокъ лишенія не больше недѣли, только заключеніе въ тюрьмѣ безъ минимальнаго предѣла, слѣдовательно, можетъ быть всего на двѣ недѣли.

Уже эти примѣры достаточно убѣждаютъ, что «схема» XXXV главы

опредѣлила собою не одинъ только внѣшній распорядокъ статей. Но вопросъ этотъ настолько важенъ, что требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Дѣянія, представляющія противодѣйствіе власти законодательной, предусмотрѣны въ трехъ статьяхъ: ст. 539 говоритъ въ первой части о непринятіи должныхъ мѣръ къ обнародованію, объявленію или приведенію въ дѣйствіе закона или Высочайшаго повелѣнія; во второй — объ изданіи постановленія или принятія мѣръ, могущихъ исходить лишь отъ Высочайшей власти; а также объ отмѣнѣ закона или Высочайшаго повелѣнія; ст. 540 предусматриваетъ подобныя же дѣянія только относительно обязательныхъ постановленій подчиненныхъ властей; наконецъ, въ ст. 541 рѣчь идетъ о самовольномъ установленіи и измѣненіи налоговъ и повинностей.

Изъ всѣхъ дѣяній, предусматриваемыхъ этими статьями, къ законодательной власти имѣютъ отношеніе только «отмѣна закона» и «установленіе налога». Всѣ другія относятся къ функціямъ исполнительной власти. Обнародованіе законовъ возложено у насъ на Сенатъ и губернскія правленія (Зак. осн.. ст. 57 и 58), но ни одно изъ этихъ учрежденій не участвуетъ въ осуществленіи законодательной власти. И Сенатъ, и губернскія правленія суть органы исполнительной власти (Учр. Сенат., ст. 1; Общ. учр. губ., ст. 436). Поэтому противодѣйствіе ихъ мѣрамъ по обнародованію и по приведенію законовъ въ исполненіе будетъ противодѣйствіемъ, конечно, не законодательной, а исполнительной власти.

Еще болѣе странно отнесеніе къ противодѣйствію законодательной власти дѣяній, заключающихся въ необнародованіи, отмѣнѣ и изданіи «обязательныхъ постановленій власти». Подъ этимъ выраженіемъ (не совсѣмъ удачнымъ, потому что и законъ, и судебное рѣшеніе — также обязательныя постановленія власти) проектъ разумѣетъ, какъ видно изъ объяснительной записки, обязательныя постановленія подчиненныхъ властей, ихъ наказы, инструкціи, циркуляры, и т. п. (VIII, 166). Правомъ изданія такихъ постановленій пользуются у насъ министры, губернаторы, земскія собранія, городскія думы, портовыя присутствія, фабричныя присутствія и т. п. Но и изъ этихъ учрежденій ни одно не имѣетъ никакой законодательной власти. Такимъ образомъ, всѣ эти дѣянія никакъ не могутъ быть подведены подъ понятіе противодѣйствія законодательной власти.

Что касается незаконнаго установленія налоговъ, то сами составители проекта въ объяснительной запискѣ (VIII, 161) указываютъ, что— при условіи совершенія такого дѣянія по корыстному побужденію—оно подойдетъ подъ понятіе лихоимства. Но лихоимство согласно «схемѣ» относится не къ «противодѣйствію законодательной власти», а къ «по-

сягательствамъ на права и интересы». Такимъ образомъ, получается странная несообразность: въ зависимости отъ различія *мотивовъ* дѣянія будто-бы совершенно мѣняется самый его объектъ!

Проще и послѣдовательнѣе было бы отнести это дѣяніе цѣликомъ къ лихоимству и характеризовать его не какъ установленіе *налоговъ*, а какъ взиманіе *незаконныхъ поборовъ*.

Какъ *закономъ* можно назвать только постановленіе законодательной власти, такъ *налогомъ* — только сборы, установленные тѣмъ, кому принадлежитъ власть финансоваго обложенія. Поэтому ни изданіе законовъ, ни установленіе налоговъ невозможно со стороны субъекта, не имѣющаго на то права. Законы, опредѣляющіе порядокъ изданія законовъ и установленія налоговъ, суть leges perfectae. Санкція ихъ заключается въ юридической ничтожности всякаго нарушающаго ихъ дѣянія. Въ этомъ ихъ отличіе отъ leges minus quam perfectae, охраняемыхъ уголовной санкціей. Нигдѣ въ свѣтѣ не установлено и было бы совершенно безцѣльно установлять наказаніе за несоблюденіе такихъ формъ гражданскихъ сдѣлокъ, которыя составляютъ corpus negotii. Юридическая ничтожность дѣйствія, лишеннаго такой формы, есть лучшая, болѣе надежная и вполнѣ достаточная санкція.

Но то же самое должно сказать и о negotia juris publici, актахъ публичнаго права, какими являются изданіе законовъ и установленіе налоговъ. Ничтожность всякой попытки издать или отмѣнить законъ лицомъ, на то не уполномоченнымъ, должна быть обезпечена самой организаціей управленія. Надо сдѣлать такъ, чтобы точнымъ опредѣленіемъ взаимнаго отношенія различныхъ органовъ власти, установленіемъ должнаго надзора и надлежащаго порядка обжалованія незаконныхъ постановленій дѣлалось напередъ невозможнымъ ихъ практическое значеніе, ихъ обязательная сила. Обращеніе съ этой цѣлью къ мѣрамъ уголовной репрессіи, всегда предполагающей уже совершившееся правонарушеніе, означало бы только выраженіе отчаянія въ фактической возможности поддержать законный порядокъ, было бы симптомомъ полнаго разложенія государства. Сильная, жизнеспособная власть не можетъ нуждаться въ такихъ мѣрахъ.

Только при условіи открытаго возстанія или насильственнаго государственнаго переворота неимѣющіе на то права могутъ оказаться въ состояніи придать своимъ велѣніямъ фактически значеніе закона. Но въ такихъ случаяхъ приходится дѣйствовать, конечно, уже не мѣрами уголовнаго преслѣдованія, а военной силой, и по возстановленіи законнаго порядка обвиненіе мятежниковъ или узурпаторовъ въ насильственномъ измѣненіи государственнаго строя совершенно поглотитъ собою всѣ обвиненія въ учиненіи ими тѣхъ или другихъ незаконныхъ дѣйствій, составлявшихъ осуществленіе захваченной ими власти.

При сколько-нибудь твердомъ государственномъ порядкѣ уголовная наказуемость такихъ дѣяній, какъ законопротивное изданіе или отмѣна законовъ и указовъ, или установленіе налоговъ, окажется всегда излишней и нецѣлесообразной. Если подобное постановленіе не будетъ приведено въ исполненіе и своевременно надлежащимъ порядкомъ будетъ отмѣнено, оно не причинитъ никому никакого вреда, и въ карательной репрессіи не будетъ надобности, особенно если постановленіе состоялось, какъ это предполагаетъ первая часть ст. 541, безъ корыстнаго или иного, несовмѣстнаго съ долгомъ службы, побужденія. Если же постановленія эти найдутъ себѣ фактическое осуществленіе, то тѣ отдѣльныя дѣйствія, въ которыхъ выразится это осуществленіе, сами по себѣ составятъ преступныя дѣянія и, какъ таковыя, повлекутъ за собой уголовную кару, хотя-бы самое изданіе такихъ «законовъ» или установленіе такихъ «налоговъ» не было вовсе предусмотрѣно уголовнымъ закономъ.

Такъ и въ проектѣ, наряду со ст. 541, предусматривающей «самовольное установленіе налога» независимо отъ того, будетъ ли онъ дѣйствительно взысканъ или нѣтъ, имѣется въ той же XXXV главѣ другая статья—571, устанавливающая наказуемость«присвоенія, завѣдомо неслѣдующаго, денежнаго или натуральнаго поступленія, вытребованнаго подъ предлогомъ исполненія закона или обязательнаго постановленія власти». Этой одной статьею и слѣдовало бы ограничиться, какъ это и дѣлаютъ всѣ иностранные кодексы, облагающіе наказаніемъ не самовольное установленіе, налоговъ, а только дѣйствительное *взиманіе* незаконныхъ поборовъ (франц. код., § 173; герм. улож., § 353).

То же самое должно сказать и относительно ст. 539. Если самовольное изданіе или отмѣна такого постановленія, которое можетъ исходить лишь отъ Высочайшей власти, не сопровождалось дѣйствительнымъ его исполненіемъ, для огражденія законнаго порядка достаточно установить надлежащіе способы отмѣны такихъ незаконныхъ постановленій, какъ по иниціативѣ органовъ надзора, такъ и по жалобамъ частныхъ лицъ. Этимъ и только этимъ путемъ можетъ дѣйствительно быть обезпечено практическое безсиліе и ничтожность подобныхъ незаконныхъ постановленій. Если же дѣло не ограничилось однимъ «изданіемъ» незаконнаго постановленія, а совершены также дѣйствія въ его исполненіе, они подойдутъ подъ другія статьи проекта, хотя-бы, напр., подъ ст. 560, п. 2, предусматривающую «учиненіе, несогласно съ закономъ служебнаго дѣйствія».

Къ противодѣйствію административной власти въ проектѣ отнесены только «нарушенія обязанностей полиціи безопасности уклоненіемъ отъ принятія мѣръ къ предупрежденію или къ пресѣченію преступныхъ дѣяній». По словамъ объяснительной записки, «всѣ остальныя посягательства на порядокъ управленія составятъ для служащихъ общія преступ-

ныя дѣянія, за которыя они будутъ нести отвѣтственность наравнѣ съ частными лицами» (VIII, 143).

Едва-ли можно съ этимъ согласиться. Составители проекта, повидимому, предполагали, что органы власти, отъ которыхъ зависитъ выдача различныхъ разрѣшеній, должны въ нихъ отказывать только въ отношеніи къ преступнымъ дѣяніямъ. Между тѣмъ, въ дѣйствительности, невыдача разрѣшеній опредѣляется не только преступностью тѣхъ дѣйствій, на совершеніе которыхъ они испрашиваются, но также и одной ихъ опасностью и даже просто неудобствомъ. Такъ, въ проектѣ не предусмотрѣна вовсе въ качествѣ наказуемаго дѣянія порча воздуха [1]); между тѣмъ разрѣшеніе не должно быть выдаваемо и на постройку фабрикъ «вредныхъ чистотѣ воздуха» (Уст. пром:, ст. 68). Такъ по ст. 210 проекта, постройка мечети или синагоги наказуема только при условіи меньшаго, чѣмъ дозволено, разстоянія отъ христіанскихъ церквей или отсутствія подлежащаго дозволенія; между тѣмъ, разрѣшеніе на постройку мечети или синагоги должно быть даваемо не только подъ условіемъ требуемаго закономъ разстоянія отъ христіанскихъ храмовъ, но также и подъ условіемъ отсутствія вообще возможности соблазна для христіанъ. Выдача разрѣшенія при возможности соблазна будетъ нарушеніемъ должнаго порядка управленія, но самая постройка мечети при такихъ условіяхъ не подойдетъ подъ опредѣленіе ст. 210 проекта. Обязанности цензора по неразрѣшенію подлежащихъ предварительной цензурѣ произведеній не ограничиваются точно также случаями преступности ихъ содержанія. Ни одна изъ статей проекта не предусматриваетъ, какъ преступное дѣяніе, «разсужденія о несовершенствѣ существующихъ постановленій или о недостаткахъ и злоупотребленіяхъ администраціи и судебныхъ мѣстъ». Однако, въ книгахъ менѣе 10 листовъ и въ повременныхъ изданіяхъ дешевле 7 рублей они не должны быть допускаемы цензоромъ (Уст. печ., ст. 99).

Съ другой стороны, обязанности административныхъ органовъ далеко не исчерпываются однимъ удержаніемъ частныхъ лицъ отъ совершенія преступныхъ, опасныхъ или почему-либо вообще недопустимыхъ дѣяній. Администранія не только регулируетъ частную дѣятельность, но и сама обязана дѣйствовать, осуществляя тѣмъ задачи управленія. Нарушеніе законнаго порядка управленія составитъ и такое неисполненіе обязанностей администраціи, послѣдствіемъ котораго не можетъ быть никакого попустительства преступныхъ дѣяній.

Проектъ подводитъ подобные случаи почему-то подъ понятіе *притѣсненія* и вслѣдствіе этого едва-ли правильно ограничиваетъ объемъ наказуемыхъ случаевъ неисполненія служащимъ своихъ обязанностей. Ст.

---

[1]) Ст. 172 говоритъ только о порчѣ воды.

560, п. 1, установляетъ наказуемость отказа служащаго отъ исполненія своей обязанности лишь при томъ условіи, если это сдѣлано «завѣдомо, что симъ причиняется вредъ интересу *обратившагося къ нему лица*». Поэтому, если отказъ исполнить свою обязанность послѣдуетъ на заявленіе лица, случайно сдѣлавшагося свидѣтелемъ начинающагося пожара, умирающаго безъ помощи человѣка, сумасшедшаго, безъ призора бродящаго по улицамъ, и т. п., такой отказъ окажется ненаказуемымъ по ст. 560, такъ какъ въ этомъ случаѣ отказъ ни завѣдомо, ни незавѣдомо не можетъ причинить вреда лицу, обратившемуся къ органу власти. Конечно, это не будетъ притѣсненіе, но едва-ли правильно ставить наказуемость въ зависимость отъ такого случайнаго и не имѣющаго никакого значенія обстоятельства, кто̀ обращается къ служащему съ требованіемъ объ исполненіи его обязанности: лицо, могущее пострадать отъ отказа; или нѣтъ. Нарушеніе законнаго порядка управленія въ обоихъ случаяхъ будетъ совершенно одинаковое.

Къ противодѣйствію государству по охранѣ общественной безопасности проектъ относитъ также «призывъ военной силы безъ законнаго основанія» (ст. 542). Не останавливаясь на томъ, насколько такой призывъ можетъ быть названъ «противодѣйствіемъ государству», укажемъ прежде всего на не совсѣмъ удачное изложеніе этой статьи. Сводъ законовъ не знаетъ «призыва *военной силы*». Въ немъ говорится только о призывѣ войскъ (Свод. зак., т. II, прилож. къ ст. 316, прим.) и о призывѣ полицейскихъ и жандармскихъ командъ (Сводъ зак., т. II, прилож. къ ст. 688, прим., п. 3). Поэтому остается неяснымъ, имѣетъ ли въ виду ст. 542 проекта призывъ только собственно войскъ, или также и жандармскихъ командъ?

Затѣмъ нельзя не обратить вниманія, что проектъ установляетъ наказуемость только незаконнаго *призыва* военной силы. Между тѣмъ, наше законодательство обставляетъ опредѣленными условіями не только призывъ войскъ, но и самое дѣйствіе съ ихъ стороны оружіемъ. Опредѣленіе времени, когда войска должны приступить къ дѣйствію оружіемъ,—есть дѣло гражданскаго начальства. Дѣйствію оружіемъ должно предшествовать предвареніе неповинующихся о томъ, что послѣ троекратнаго сигнала на трубѣ, горнѣ или барабанѣ начнется дѣйствіе оружіемъ. Въ случаѣ законнаго призыва войскъ, несоблюденіе всѣхъ этихъ правилъ будетъ, по проекту, ненаказуемо. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, при этомъ ссылаться на ст. 538 проекта, установляющую наказуемость служащихъ за учиненіе посредствомъ злоупотребленія своимъ полномочіемъ общаго преступнаго дѣянія, такъ какъ и въ томъ случаѣ, если отъ незаконнаго дѣйствія оружіемъ никто не пострадаетъ, несоблюденіе указанныхъ правилъ все-таки составитъ нарушеніе служебнаго долга, пред-

ставляющее непосредственную и весьма серьезную опасность для личной и общественной безопасности.

Нельзя также не указать и на отсутствіе въ проектѣ статьи, особо предусматривающей незаконное дѣйствіе оружіемъ со стороны отдѣльныхъ военныхъ, жандармскихъ, полицейскихъ, таможенныхъ, лѣсныхъ чиновъ и чиновъ тюремной стражи. Для всѣхъ нихъ установлены закономъ опредѣленныя правила употребленія оружія, и, въ виду общеопасности употребленія оружія безъ крайней надобности, наказуемость несоблюденія этихъ правилъ должна быть поставлена въ независимость отъ дѣйствительнаго причиненія кому-либо смерти или тѣлеснаго поврежденія.

Противодѣйствіе правосудію предусмотрѣно въ проектѣ двѣнадцатью статьями (548—559). Онѣ расположены по слѣдующей схемѣ:

А. Неправосудіе: а) неправосудное рѣшеніе (548); б) неправосудное производство (549); в) неправосудное исполненіе (550, 551).

Б. Противодѣйствіе правосудію: а) недонесеніе и укрывательство (552, 553); б) лишеніе свободы по неосмотрительности (554); в) упускъ арестанта по неосмотрительности (555) (VIII, 248).

Тутъ прежде всего бросается въ глаза непредусмотрѣнность отказа въ правосудіи, представляющаго, казалось бы, самую рѣзкую форму противодѣйствія правосудію. Да и уставъ гражданскаго судопроизводства въ ст. 10 прямо предполагаетъ установленіе отвѣтственности за отказъ въ правосудіи. Объяснительная записка (VIII, 416) подводитъ отказъ въ правосудіи подъ опредѣленіе ст. 560, п. 1, предусматривающей собственно притѣсненіе. Однако, статья эта непремѣннымъ условіемъ наказуемости отказа служащаго отъ исполненія своей обязанности ставитъ завѣдомость причиненія тѣмъ вреда интересу обратившагося къ нему лица. Между тѣмъ возможны требующіе уголовной репрессіи случаи отказа въ правосудіи, вовсе не связанные съ завѣдомымъ причиненіемъ вреда. Представьте себѣ земскаго начальника съ наклонностью къ отеческой опекѣ надъ крестьянами. Ему можетъ придти въ голову отказать въ принятіи плохо обоснованнаго гражданскаго иска, съ тѣмъ чтобы избавить крестьянина отъ напрасныхъ судебныхъ издержекъ. Точно также и случаи отказа въ правосудіи, предусмотрѣнные ст. 10 Уст. гражд. суд., далеко не всегда предполагаютъ завѣдомое причиненіе вреда истцу. Еще чаще можетъ отсутствовать завѣдомое причиненіе вреда при отказѣ въ правосудіи по дѣламъ административнымъ.

Кромѣ того, такъ какъ правильное отправленіе правосудія составляетъ главную и послѣднюю гарантію охраны всѣхъ вообще правъ, наказуемость отказа въ правосудіи нельзя приравнивать къ наказуемости отказа въ исполненіи всякой другой, даже самой маловажной служебной обязанности. За отказъ въ исполненіи обязанности проектъ установляетъ аль-

тернативную санкцію: заточеніе не свыше года, или тюрьму. Если судъ назначитъ заточеніе, осужденный за отказъ въ правосудіи съ корыстною цѣлью вовсе не подвергнется ограниченію правъ вступать вновь на службу и сейчасъ же по отбытіи заточенія можетъ снова сдѣлаться судьей (ст. 25 и 260).

Неправосудное рѣшеніе дѣлъ опредѣлено въ проектѣ въ совершенно общихъ выраженіяхъ, охватывая собою всякое рѣшеніе дѣлъ «о правахъ», слѣдовательно гражданскихъ и административно-судебныхъ дѣлъ, а также объ уголовной и дисциплинарной отвѣтственности; но неправосудное производство дѣлъ опредѣляется гораздо уже. Дѣйствіе или бездѣйствіе завѣдомо во вредъ правосудію наказуется только когда оно совершено по производству уголовнаго дѣла; точно также—«домогательство посредствомъ злоупотребленія служебными полномочіями или несовмѣстными съ правосудіемъ мѣрами сознанія обвиняемаго или показанія свидѣтеля». Подобныя же дѣйствія по производству дисциплинарныхъ, гражданскихъ, административно-судебныхъ дѣлъ по проекту не влекутъ за собою уголовной отвѣтственности. Общая наказуемость при производствѣ всякаго рода судебныхъ, административно-судебныхъ и дисциплинарныхъ дѣлъ установляется только для «сокрытія завѣдомо во вредъ правосудію истины въ докладѣ или справкѣ». Не можетъ быть сомнѣнія, что «домогательство несовмѣстимыми съ правосудіемъ мѣрами» сознанія подсудимаго или свидѣтельскаго показанія опаснѣе для правосудія, чѣмъ простое «сокрытіе истины въ докладѣ». Почему же въ гражданскихъ, судебно-административныхъ и дисциплинарныхъ дѣлахъ наказуемы только дѣянія второго, а не перваго рода?

Отнеся отказъ въ правосудіи не къ противодѣйствію правосудію, какъ это и слѣдовало ожидать, а къ притѣсненію, проектъ, съ другой стороны, разсматриваетъ, какъ противодѣйствіе правосудію, такія преступныя дѣянія, которыя вовсе не имѣютъ никакого отношенія къ правосудію. Таково преступное дѣяніе, предусмотрѣнное ст. 554. Въ ней говорится о *всякомъ* незаконномъ лишеніи или незаконномъ продленіи лишенія свободы, учиненномъ служащими вслѣдствіе незнанія своихъ обязанностей или небреженія. Подъ такое опредѣленіе подойдетъ не только судебный или судебно-полицейскій арестъ, но также и чисто-полицейскій арестъ, не имѣющій ровно никакого отношенія къ отправленію правосудія: напримѣръ, незаконное продленіе ареста пьянаго, задержаннаго, когда ему грозила опасность замерзнуть на улицѣ, или врача, задержаннаго во время холерныхъ безпорядковъ для спасенія отъ расправы разъяренной толпы. Продленіе такого рода арестовъ долѣе дѣйствительной въ нихъ надобности, конечно, должно быть обложено наказаніемъ, но никакого противодѣйствія правосудію въ себѣ не заключаетъ.

Но больше всего сомнѣній въ этомъ отдѣлѣ возбуждаютъ статьи, относящіяся къ неправосудному исполненію рѣшеній или постановленій. Во-первыхъ, обѣ онѣ (550 и 551) говорятъ только о дѣйствіяхъ, относящихся къ исполненію приговоровъ и постановленій уголовнаго суда. За неисполненіе или неподлежащее исполненіе рѣшеній и постановленій гражданскихъ судовъ и административно-судебныхъ учрежденій, по проекту, можно привлечь къ уголовной отвѣтственности развѣ только по ст. 560, предусматривающей притѣсненіе, и то лишь подъ условіемъ завѣдомаго причиненія вреда и несовмѣстнаго съ долгомъ службы побужденія.

Даже изъ приговоровъ уголовныхъ судовъ проектъ установляетъ наказуемость задержанія исполненія однихъ только *обвинительныхъ* приговоровъ. Задержаніе исполненія *оправдательныхъ* приговоровъ въ проектѣ не предусмотрѣно. Въ объяснительной запискѣ (VIII, 335) говорится, что «злоупотребленіе оправдательнымъ приговоромъ (sic!)—можетъ быть наказано или какъ противозаконное лишеніе свободы, или какъ притѣсненіе». Удержаніе оправданнаго судомъ въ заключеніи составляетъ безъ сомнѣнія наиболѣе тяжкій и опасный случай неисполненія оправдательнаго приговора. Между тѣмъ, въ виду того, что незаконное лишеніе свободы предусмотрѣно ст. 420, помѣщенной въ главѣ XXIV проекта, виновный, если задержаніе продолжалось не болѣе недѣли, не будетъ даже удаленъ отъ должности, такъ какъ, согласно первой части ст. 25, приговоренные къ тюрьмѣ за дѣянія, предусмотрѣнныя первыми семнадцатью главами и главами 19 — 27, лишаются только права *поступать* на службу и лишь «со дня вступленія приговора о нихъ въ силу до освобожденія изъ заключенія».

Напротивъ, если неисполненіе оправдательнаго приговора выразится въ иной, болѣе мягкой формѣ, напр., въ задержаніи залога, оно составитъ притѣсненіе. А такъ какъ притѣсненіе предусмотрѣно въ главѣ XXXV, то осужденный будетъ лишенъ всѣхъ своихъ должностей, а также права поступать вновь на государственную службу и по освобожденіи изъ заключенія на время отъ одного года до трехъ лѣтъ.

Къ неправосудному исполненію относитъ проектъ и учиняемое служащими незаконное лишеніе свободы (ст. 551), вслѣдствіе чего составъ этого преступнаго дѣянія получаетъ весьма своеобразную и совершенно безпримѣрную обрисовку.

Понимая незаконное лишеніе служащими свободы только, какъ неправосудное исполненіе обвинительныхъ приговоровъ, проектъ предусматриваетъ это преступное дѣяніе не общимъ образомъ, а лишь въ частныхъ его формахъ, имѣющихъ непосредственно отношеніе къ уголовному правосудію.

Во-первыхъ, принятіе и содержаніе въ мѣстѣ заключенія арестанта

по *постановленію* или *распоряженію*, завѣдомо не подлежащему исполненію. Въ отличіе отъ ст. 550, тутъ говорится не объ обвинительномъ приговорѣ, а вообще о постановленіи и распоряженіи. Но, повидимому, это не сознательное различіе, а просто недосмотръ въ изложеніи. По крайней мѣрѣ въ объяснительной запискѣ (VШ, 339) въ ковычкахъ, какъ-бы въ видѣ выписки изъ ст. 551, говорится вмѣсто «постановленія или распоряжонія» о *приговорѣ* или постановленіи» и указывается только, что понятіе это «изложено въ объясненіи къ ст. 550». Значитъ по мысли составителей проекта, ст. 550 и 551 имѣютъ въ виду неисполненіе или неподлежащее исполненіе одинаково только обвинительныхъ уголовныхъ приговоровъ и «постановленій судебной или слѣдственной власти о взятіи подъ стражу, разумѣя подъ симъ случаемъ лишь взятіе подъ стражу, какъ мѣру пресѣченія уклоненія отъ слѣдствія и суда». Но сюда «не подойдетъ неприведеніе въ исполненіе мѣръ, имѣющихъ только видъ наказанія но не налагаемыхъ за преступныя дѣянія; таковы, напримѣръ, взятіе подъ стражу во время безпорядковъ, административная высылка и т. п. (VШ, 335).

Если таковы были намѣренія составителей проекта, редакція статей 550 и 551 во всякомъ случаѣ не соотвѣтствуетъ имъ. Въ текстѣ этихъ статей ничѣмъ не выражено, чтобы «постановленіе о взятіи подъ стражу» или даже просто «постановленіе и распоряженіе» о лишеніи свободы, безъ всякаго ближайшаго опредѣленія, должно было означать только постановленіе о такомъ лишеніи свободы, которое налагается за преступныя дѣянія. Безъ справки съ объяснительной запиской невозможно догадаться, что постановленіе о взятіи подъ стражу во время безпорядковъ сюда не подойдетъ.

Во-вторыхъ, ст. 551 предусматриваетъ неподлежащее исполненіе постановленій и распоряженій о лишеніи свободы, выразившееся въ самовольномъ измѣненіи или *срока* (продленіи или сокращеніи), или *рода* лишенія свободы (вмѣсто ареста или заточенія—тюрьма, вмѣсто тюрьмы—исправительный домъ и т. п.).

Размѣру измѣненія срока лишенія свободы проектъ не придаетъ никакого значенія. Будетъ ли заключенный напрасно задержанъ одинъ, два дня, или вдвое-трое дольше назначеннаго ему срока заключенія, отвѣтственность одинаковая, что едва-ли можно счесть справедливымъ и цѣлесообразнымъ.

При самовольномъ измѣненіи *рода* лишенія свободы, строгость наказанія зависитъ отъ тяжести неправильно примѣненнаго рода лишенія свободы. Если неправильно примѣнены исправительный домъ или поселеніе, виновный наказывается вмѣсто тюрьмы исправительнымъ домомъ, а если каторга—исправительнымъ домомъ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ.

Во всѣхъ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 551, дѣло идетъ о лишеніи свободы несогласно съ состоявшимся о томъ постановленіемъ или по постановленію, завѣдомо не подлежащему испоненію. Слѣдовательно, примѣненіе этой статьи непремѣнно предполагаетъ наличность какого-либо постановленія о лишеніи даннаго лица свободы. А какъ же быть, если служащій лишитъ кого-нибудь умышленно свободы безъ всякаго о томъ постановленія?

Проектъ не установляетъ особой наказуемости такихъ преступныхъ дѣяній по службѣ; поэтому виновный, согласно ст. 538, можетъ отвѣчать за нихъ только, какъ за общее преступное дѣяніе, предусмотрѣнное въ XXIV главѣ, ст. 420.

Это по многимъ основаніямъ представляется весьма неудобнымъ. Ст. 420 имѣетъ въ виду собственно незаконное лишеніе свободы со стороны частныхъ лицъ. Поэтому она предполагаетъ возможнымъ лишь сравнительно непродолжительное лишеніе свободы, такъ около недѣли, и не предусматриваетъ возможности тѣхъ особенно тяжкихъ формъ лишенія свободы, которыя возможны только со стороны органовъ власти. При опредѣленіи тяжести наказанія въ ней принято въ соображеніе только одно различіе срока лишенія свободы: до недѣли и больше недѣли. Въ частномъ домѣ продержать человѣка значительно дольше безъ огласки такого насилія едва-ли возможно. Но совсѣмъ другое дѣло незаконное содержаніе въ государственныхъ мѣстахъ заключенія. Ст. 420 не различаетъ формъ лишенія свободы. Со стороны частнаго лица невѣроятна возможность устройства чего-либо подобнаго тюрьмѣ, исправительному дому, каторгѣ. Но со стороны должностныхъ лицъ возможно незаконное лишеніе свободы во всѣхъ этихъ формахъ, а при молчаніи ст. 420 о такомъ различіи, осуждаемые по ней будутъ во всѣхъ случаяхъ отвѣчать одинаково.

Независимо отъ этого, виновность лица, подвергающаго кого-либо незаконному лишенію свободы безъ всякаго о томъ постановленія, конечно больше, чѣмъ виновность лица, учинившаго то же самое согласно чужому распоряженію, хотя-бы и завѣдомо не подлежащему исполненію. Поэтому и наказаніе должно быть въ первомъ случаѣ строже, чѣмъ во второмъ. Но, по проекту, выйдетъ какъ разъ наоборотъ. Служащій, приведшій въ исполненіе постановленіе о лишеніи свободы хотя-бы на одинъ день, завѣдомо не подлежавшее исполненію, обязательно лишается своей должности и права поступать вновь на службу на время до трехъ лѣтъ, а посадившій кого-нибудь въ тюрьму по собственной инициативѣ не подвергается такому ограниченію своихъ служебныхъ правъ.

Изъ числа статей, предусматривающихъ разнообразные случаи пося-

гательствъ на права и интересы, остановимся на тѣхъ, которыя относятся къ оглашенію и къ притѣсненію.

Статьи 556 и 557 говорятъ объ оглашеніи тайнъ, сдѣлавшихся извѣстными по службѣ, предусматривая главнымъ образомъ оглашеніе тайнъ, касающихся интересовъ государства. Изъ оглашеній частныхъ тайнъ предусмотрѣнъ только одинъ случай: «оглашеніе принадлежащаго частному лицу секрета особыхъ пріемовъ производства какого-либо предмета» (ст. 557, п. 2).

Такимъ образомъ понятіе преступнаго оглашенія сдѣлавшихся извѣстными по службѣ частныхъ тайнъ крайне съужено. Подъ опредѣленіе ст. 557 подойдутъ даже не всѣ случаи оглашенія тайны привилегій. Въ ней говорится только о «секретѣ производства какого-либо предмета». Но бываютъ случаи полученія привилегій на новоизобрѣтенные способы не «производства предметовъ», а совершенія дѣйствій, напр. вставленія зубовъ, спайки металлическихъ частей, чистки и окраски платья безъ распарыванія и т. п. Какія основанія можно найти для нераспространенія уголовной репрессіи на нарушеніе тайны такого рода изобрѣтеній? Въ объяснительной запискѣ объ этомъ нѣтъ ни слова. Надо думать, что это просто небрежность редакціи. Въ дѣйствующемъ Уложеніи ст. 424 прямо предусмотрѣно и оглашеніе «секрета для производства *работъ*».

Невключеніе въ ст. 557 проекта оглашенія сдѣлавшихся извѣстными по службѣ частныхъ тайнъ позорящаго свойства было дѣломъ сознательнымъ. «Сущность этого запрета, сказано въ объясненіяхъ (VШ, 370), соотвѣтствуетъ запрету ст. 455 проекта», и затѣмъ приводится эта статья, но съ довольно существеннымъ измѣненіемъ сравнительно съ текстомъ, напечатаннымъ въ разосланномъ при «Журналѣ Министерства Юстиціи» проектѣ. Въ объяснительной запискѣ говорится о *сообщенномъ* свѣдѣніи вмѣсто свѣдѣнія *довѣреннаго*.

Если правиленъ опубликованный текстъ проекта, разглашеніе тайны, сдѣлавшейся извѣстной по службѣ, не подойдетъ подъ опредѣленіе ст. 455. Свидѣтель, дающій при производствѣ судебнаго слѣдствія при закрытыхъ дверяхъ свое показаніе, не совершаетъ тѣмъ акта довѣрія, какъ напр., больной въ отношеніи къ врачу, а исполняетъ падающую на него въ томъ обязанность, независимо отъ степени его довѣрія къ присутствующимъ въ судебномъ засѣданіи лицамъ. Смѣшно было бы говорить о свѣдѣніяхъ, «довѣренныхъ» свидѣтелемъ суду! Точно также нельзя сказать, что свидѣтельскія показанія «сообщаются» суду: сообщеніе означаетъ актъ добровольный, а не обязательный. Свидѣтель даетъ показанія во всякомъ случаѣ суду, а не отдѣльнымъ присутствующимъ въ засѣданіи лицамъ. Поэтому, если секретарь суда огласитъ данныя при закрытыхъ дверяхъ свидѣтельскія показанія, его дѣяніе не подойдетъ подъ ст. 455, такъ какъ это не будетъ оглашеніе свѣдѣній лицомъ, которому они

довѣрены или сообщены. Между тѣмъ уголовная наказуемость разглашенія того, что происходитъ на судебномъ засѣданіи при закрытыхъ дверяхъ, рѣшительно необходима: иначе и самое устраненіе гласностя не имѣло бы смысла.

Къ тому же подведеніе подобныхъ дѣяній служащихъ подъ общее постановленіе ст. 455 и потому еще неудобно, что санкція ея только арестъ или пеня до 500 р. Присужденные къ такому наказанію не подвергаются никакому ограниченію своихъ служебныхъ правъ, ни даже временному удаленію отъ должности.

Ст. 559, установляя наказуемость уничтоженія, сокрытія, присвоенія, искаженія, вскрытія и оглашенія писемъ или телеграммъ, выдѣляетъ почему-то при этомъ открытыя письма, не установляя наказанія за ихъ оглашеніе. По проекту выходитъ, что почтовый чиновникъ можетъ безнаказанно печатать въ газетахъ показавшіяся ему курьезными открытыя письма. Едва-ли это удобно.

Случаи притѣсненія предусмотрѣны статьями 560—563. Первая изъ нихъ говоритъ объ «общемъ притѣсненіи», три остальныя — объ особо выдѣленныхъ случаяхъ притѣсненія: 561—о притѣсненіи общественныхъ и частныхъ собраній; 562—о нарушеніи домоваго права; 563—объ оскорбляющемъ чувство стыдливости свидѣтельствованіи лица женскаго пола.

Общее притѣсненіе само предусматривается проектомъ въ трехъ различныхъ формахъ: 1) отказъ или уклоненіе отъ исполненія своей обязанности; 2) поставленіе исполненія обязанности въ зависимость отъ выполненія притѣсняемымъ какихъ-либо произвольныхъ, несоотвѣтственныхъ закону, условій, и 3) несогласное съ закономъ учиненіе служебнаго дѣйствія. Во всѣхъ этихъ формахъ притѣсненіе наказуемо по ст. 560 только подъ условіемъ завѣдомаго причиненія вреда интересу того лица, къ которому дѣйствіе относится, и учиненія притѣсненія по несовмѣстному съ долгомъ службы побужденію. При наличности же этихъ условій всякое учиненіе служебнаго дѣйствія «несогласно съ закономъ»—наказуемо. Другими словами, наказуемость нарушенія требованій закона служебными дѣйствіями проектъ обусловливаетъ не значеніемъ нарушаемой нормы, а исключительно субъективными условіями дѣянія: характеромъ побужденія, завѣдомостью вреда. Такъ поставленное понятіе притѣсненія охватитъ собою всякое противоправное служебное дѣйствіе—и дисциплинарныя провинности, и гражданскія правонарушенія.

Въ составленномъ Редакціонной Коммисіей примѣрномъ проектѣ устава о служебныхъ провинностяхъ [1]) можно найти не мало статей,

[1]) Онъ напечатанъ въ замѣчаніяхъ редакціоннаго комитета уголовнаго отдѣленія Спб. юридическаго общества на проектъ особенной части уголовнаго уложенія. Спб. 1893, стр. 29 и слѣд.

предусматривающихъ такія провинности, которыя вполнѣ подходятъ подъ выставляемое проектомъ понятіе уголовно-наказуемаго притѣсненія. Такъ, ст. 20 проекта уст. о пров. назначаетъ удаленіе отъ должности за «превышеніе власти совершеніемъ такого сужебнаго дѣйствія, на которое служащій не былъ уполномоченъ, съ предвидѣніемъ возможности вреда и съ цѣлью учиненія преступнаго дѣянія»; ст. 22—неустраненіе себя служащимъ отъ учиненія дѣйствія, къ существу его службы не принадлежащаго, когда таковое самоустраненіе было для него обязательно, и когда неустраненіе учинено для преступнаго дѣянія. Учиненіе для преступнаго дѣянія предполагаетъ, конечно, несовмѣстное съ служебнымъ долгомъ побужденіе. Слѣдовательно, обѣ эти провинности представляютъ несогласное съ закономъ совершеніе служебнаго дѣйствія по побужденію, несогласному съ долгомъ службы, и съ предвидѣніемъ вреда—все, что требуется проектомъ для состава уголовно-наказуемаго притѣсненія.

Если понятіе общаго притѣсненія въ проектѣ чрезмѣрно расширено, то опредѣленія его относительно особо выдѣленныхъ видовъ притѣсненія, напротивъ, очень неполны.

Во-первыхъ, вовсе не предусмотрѣно причиненіе при отправленіи должности частнымъ лицамъ насилія и тѣлеснаго поврежденія. Согласно проекту, служащій въ такихъ случаяхъ будетъ отвѣчать, какъ за общее преступное дѣяніе.

Такую постановку дѣла едва-ли можно признать правильной, по крайней мѣрѣ въ отношеніи къ легкому тѣлесному поврежденію (ст. 399) и насилію (ст. 402). Эти преступныя дѣянія предусмотрѣны въ XXI главѣ проекта и влекутъ за собой наказанія только тюрьмой и арестомъ: поэтому осужденный за нихъ не подвергается никакому ограниченію служебныхъ правъ, даже временно не удаляется отъ должности. Къ тому же и сами по себѣ эти наказанія слишкомъ легки. Нельзя ограничиться въ отношеніи къ чиновнику, дерущемуся при отправленіи своей должности, только арестомъ, можетъ быть всего на одинъ день; тюрьма отъ двухъ недѣль слишкомъ легкое наказаніе за тѣлесное поврежденіе, учиненное органомъ власти въ отношеніи къ лицамъ, отъ него зависящимъ.

Изъ служебныхъ посягательствъ противъ чести особо предусмотрѣно въ проектѣ только оскорбляющее чувство стыдливости освидѣтельствованіе женщины. За посягательство на честь мущинъ и женщинъ во всѣхъ другихъ формахъ должностное лицо отвѣчаетъ по общимъ постановленіямъ главы XXVI и потому не подвергается никакому ограниченію своихъ служебныхъ правъ.

Послѣднія двѣнадцать статей XXXV главы опредѣляютъ уголовно-наказуемые случаи противодѣйствія условіямъ службы. Содержаніе этого

отдѣла очень пестрое. Я остановлюсь лишь на трехъ статьяхъ, вызывающихъ наибольшія сомнѣнія.

Ст. 588 постановляетъ, между прочимъ, что «служащій, виновный въ представленіи къ увольненію отъ службы своего подчиненнаго завѣдомо за дѣйствія, согласныя съ долгомъ службы, буде увольненіе вслѣдствіе сего послѣдовало, наказывается заточеніемъ не свыше одного года, или тюрьмой».

Что слѣдуетъ разумѣть здѣсь подъ *увольненіемъ*? Очевидно, не увольненіе по прошенію. Увольненія отъ службы по суду проектъ вовсе не установляетъ. Онъ знаетъ только лишеніе права вступать на службу, лишеніе должностей и удаленіе отъ должности. Но если бы и можно было предположить, что подъ увольненіемъ тутъ разумѣются всѣ эти разнообразныя формы пораженія служебныхъ правъ, дѣяніе это подошло бы тогда подъ ст. 549, п. 2 и 3, предусматривающую «дѣйствіе, завѣдомо во вредъ правосудію, по возбужденію дѣла объ уголовной отвѣтственности» и «скрытіе, завѣдомо во вредъ правосудію, истины въ докладѣ при производствѣ дѣла объ уголовной или дисциплинарной отвѣтственности».

Но къ тому же *увольненіемъ* никакъ нельзя называть *лишеніе* правъ службы и должностей или удаленіе отъ должности тѣмъ болѣе, что дѣйствующее законодательство (Уст. служб. прав., ст. 761 и 806) придаетъ этому выраженію значеніе опредѣленнаго термина. «Слова: *увольняется отъ службы*, употребляются въ отношеніи тѣхъ чиновниковъ, кои по усмотрѣнію начальства будутъ увольняемы безъ просьбы ихъ, на основаніи ст. 761». Такъ какъ съ полученіемъ проектомъ уголовнаго уложенія силы закона эти постановленія Уст. служб. прав. не потеряютъ еще сами собой силы дѣйствія, то ст. 588 проекта придется отнести именно къ этимъ случаямъ увольненія по третьему пункту. Но такъ какъ увольненіе это дѣлается безъ объясненія причинъ и жаловаться на него нельзя даже въ путяхъ Монаршаго милосердія (Уст. служб. прав., ст. 762), то и ст. 588 проекта остается лишенной всякаго практическаго значенія.

Согласно ст. 582 проекта, «виновный въ умышленномъ грубомъ обхожденіи съ своимъ начальникомъ въ мѣстѣ исполненія служебныхъ обязанностей и въ присутствіи другого лица наказывается арестомъ не свыше трехъ мѣсяцевъ», *безъ удаленія отъ должности*. Между тѣмъ въ проектѣ устава о служебныхъ провинностяхъ, ст. 37, за заурядное, хотя бы и не въ присутствіи другого лица, и не въ мѣстѣ исполненія служебныхъ обязанностей, и не умышленное грубое обращеніе съ начальникомъ, назначается не только арестъ (правда только на семь дней), но также и удаленіе отъ должности на годъ. Едва-ли это послѣдовательно.

Ст. 579 устанавляетъ наказуемость «отступленія отъ обязательной по дипломатическому порученію инструкціи, буде сіе отступленіе причинило существенный вредъ сему порученію», рѣзко обособляя такимъ образомъ дипломатическія иструкціи отъ всѣхъ другихъ инструкцій по управленію государствомъ, неисполненіе которыхъ не облагается въ проектѣ наказаніемъ. Единственнымъ мотивомъ къ тому въ объяснительной запискѣ указывается примѣръ германскаго закона 1875 года, изданнаго по поводу извѣстнаго дѣла графа Арнима (VIII, 592). Въ самой Коммисіи статья эта вызвала разногласіе: сенаторъ Таганцевъ остался при особомъ мнѣніи, указывая, что и германскій законъ былъ вызванъ совершенно исключительнымъ случаемъ, и даже личными отношеніями князя Бисмарка къ графу Арниму, и находя, что «добавочное условіе, которое введено, въ отличіе отъ германскаго уложенія, въ текстъ ст. 579, а именно причиненіе таковымъ отступленіемъ отъ инструкціи существеннаго вреда порученію поставитъ въ большое затрудненіе суды, такъ какъ оцѣнка результатовъ тѣхъ или другихъ дипломатическихъ актовъ для интересовъ государства представляетъ несомнѣнно чрезвычайныя трудности» (VIII, 595).

Къ этому надо присоединить, что изложеніе ст. 579 во всякомъ случаѣ очень неудачно: составители проекта, конечно, имѣли въ виду причиненіе вреда *государству*, а говорятъ о какомъ-то вредѣ *порученію*. Подъ вредомъ порученію можно разумѣть только неисполненіе или неполное исполненіе порученія, но такой *вредъ порученію* получится и при тѣхъ отступленіяхъ отъ инструкціи, которыми охраняются интересы государства въ противность требованіямъ инструкціи. Если ужь сохранять эту статью, то во всякомъ случаѣ условіемъ наказуемости отступленій отъ дипломатическихъ инструкцій слѣдуетъ признать нанесеніе вреда не порученію, а государству.

Комитетъ министровъ, и проэктъ Совѣта по Земскимъ Дѣламъ.

Въ числѣ нововведеній Положенія о земскихъ учрежденіяхъ 12 іюня 1890 года однимъ изъ самыхъ крупныхъ является предоставленіе Комитету министровъ разсмотрѣнія представленій министра внутреннихъ дѣлъ объ отмѣнѣ или измѣненіи постановленій губернскихъ земскихъ собраній, несоотвѣтствующихъ общимъ государственнымъ нуждамъ или явно нарушающихъ интересы мѣстнаго населенія, если съ тѣмъ не связано возвышенія земскаго обложенія противъ опредѣленнаго земскимъ собраніемъ размѣра (ст. 93).

Эта новая задача должна значительно увеличить и такъ весьма широкій кругъ дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію Комитета. Разнообразіе предметовъ земскаго управленія, рѣзкія различія мѣстныхъ условій, зачаточное, такъ сказать, состояніе многихъ отраслей нашего мѣстнаго управленія, крайняя неразработанность административнаго законодательства, все это не можетъ не породить обильнаго источника всевозможныхъ пререканій министерства внутреннихъ дѣлъ съ мѣстными земствами. Вмѣстѣ съ тѣмъ надлежащее, осмотрительное и обдуманное, разрѣшеніе такихъ пререканій, разрѣшеніе, чуждое односторонности и увлеченій. представляется существеннымъ условіемъ правильнаго и успѣшнаго развитія земскаго дѣла. Этимъ соображеніемъ, очевидно, и руководился законодатель, предоставляя право отмѣны нецѣлесообразныхъ постановленій земскихъ собраній не единоличной власти министра, а Комитету.

Для того, чтобы участіе Комитета министровъ въ надзорѣ за земскимъ управленіемъ принесло желательные плоды, необходимо прежде всего обезпечить Комитету возможность внимательнаго и всесторонняго обсужденія дѣла. Но приспособленъ ли Комитетъ по своему составу и устройству къ надлежащему выполненію возлагаемой на него новымъ земскимъ Положеніемъ задачи?

Въ нашей литературѣ Комитету министровъ не посчастливилось: за

исключеніемъ Журналовъ комитета за царствованіе Александра I, недавно изданныхъ подъ редакціей статсъ-секретаря Куломзина съ присоединеннымъ къ нимъ историческимъ очеркомъ, мы не имѣемъ ни одного изслѣдованія, спеціально посвященнаго этому учрежденію. Да и въ общихъ курсахъ государственнаго права ему не дается надлежащаго теоретическаго освѣщенія. Въ классическомъ трудѣ покойнаго А. Д. Градовскаго нашъ Государственный Совѣтъ разсматривается какъ учрежденіе, аналогичное государственнымъ совѣтамъ запада, а Комитету не указано никакого соотвѣтствующаго учрежденія въ государственномъ строѣ иностранныхъ державъ. Другіе излагатели русскаго государственнаго права точно также ограничиваются изображеніемъ организаціи и компетенціи Комитета, не пытаясь дать общаго теоретическаго опредѣленія его значенія. Получается такое впечатлѣніе, что существованіе Комитета наряду съ Государственнымъ Совѣтомъ есть какъ бы аномалія, случайно возникшая изъ установленной въ 1802 году коллективной формы министерскаго доклада.

Такое отношеніе къ Комитету ведетъ свое начало отъ графа Сперанскаго. Въ задуманномъ имъ планѣ общаго государственнаго преобразованія Государственный Совѣтъ дѣйствительно занималъ мѣсто лишь высшаго административнаго органа. Подобно французскому Conseil d'État, ему предполагалось предоставить предварительную подготовку законопроектовъ, окончательное же ихъ обсужденіе должно было составить предметъ дѣятельности государственной думы. Еслибы эти предположенія осуществились, Комитетъ министровъ не могъ бы получить иного значенія, какъ простого совѣщанія министровъ. Но широко задуманное преобразованіе государственнаго строя очень скоро было оставлено Александромъ I. Въ любопытномъ «Отчетѣ въ дѣлахъ за 1810 годъ», представленномъ Сперанскимъ государю 11 февраля 1811 года, уже звучитъ сомнѣніе въ дальнѣйшемъ осуществленіи составленнаго имъ плана реформъ. «Тѣ, кои не знаютъ связи и истиннаго мѣста, которое Совѣтъ занимаетъ въ намѣреніяхъ Вашихъ, не могутъ чувствовать его важности; они ищутъ тамъ конца, гдѣ полагается только еще начало. Но еслибы зданіе сіе и не совершилось, еслибы политическія наши установленія и не двинулись впередъ, то и въ семъ предположеніи Совѣтъ есть уже весьма важное учрежденіе» [1]). Правильнѣе было бы сказать, что при такихъ условіяхъ Совѣтъ получалъ *еще болѣе* важное значеніе. Вмѣсто предварительной подготовки законопроектовъ, онъ получалъ право окончательнаго ихъ обсужденія. Съ тѣмъ вмѣстѣ Совѣтъ долженъ былъ получить совсѣмъ иное положеніе чѣмъ государственные и тайные совѣты запада. Изъ административной коллегіи онъ превра-

[1]) Сборникъ Русскаго Историческаго Общества, т. XXI, 1877, стр. 449.

щался въ законосовѣщательную, а для совѣщанія по дѣламъ управленія явилась надобность въ другомъ органѣ. Недаромъ изданіе перваго Учрежденія Комитета министровъ, окончательно закрѣпившаго за нимъ значеніе особаго органа верховнаго управленія, относится какъ разъ къ 1812 году, когда, съ удаленіемъ Сперанскаго, совершенно оставлена была мысль объ осуществленіи его плановъ [1]). Съ этого времени Комитетъ перестаетъ быть только совѣщаніемъ министровъ, коллективной формой ихъ докладовъ. Онъ ставится въ то самое положеніе и получаетъ тѣ самыя функціи, какія въ другихъ государствахъ имѣетъ государственный совѣтъ.

Но Сперанскій, несмотря на всѣ перемѣны, до конца жизни сохранилъ свой первоначальный взглядъ. Въ его запискѣ «О государственныхъ установленіяхъ», относимой Калачовымъ къ 1826—27 годамъ [2]), Комитетъ разсматривается именно какъ случайно возникшая аномалія. «Докладъ министровъ былъ двоякій: отдѣльный и совокупный. Совокупный докладъ производился въ общемъ собраніи министровъ въ присутствіи Государя, что и называлось *комитетомъ*. Слѣдовательно, сей комитетъ не былъ ни мѣсто, ни особое установленіе—онъ былъ только особый образъ доклада» [3]). Изложивъ затѣмъ реформы 1810 и 1811 годовъ, Сперанскій продолжаетъ [4]): «Среди сего *полуустройства* введены разныя частныя измѣненія. Важнѣйшая перемѣна послѣдовала въ порядкѣ министерскихъ докладовъ. Комитетъ, бывшій дотолѣ только совѣщаніемъ министровъ *и по новому образованію назначенный вовсе къ уничтоженію*, въ сіе время содѣлался мѣстомъ присутственнымъ, гдѣ дѣла всякаго рода, и малыя и большія, и судебныя и правительственныя, рѣшались по голосамъ, и голоса сіи издавались во всеобщее извѣстіе. Между тѣмъ, ни составъ сего мѣста, ни порядокъ, ни власть его, ни предѣлы, ни отношенія къ другимъ установленіямъ, не опредѣлены никакимъ гласнымъ учрежденіемъ». Въ бесѣдахъ графа Сперанскаго о законахъ съ покойнымъ Государемъ, тогда еще наслѣдникомъ престола, о Комитетѣ даже не упомянуто въ перечисленіи государственныхъ учрежденій [5]). Въ «Руководствѣ къ познанію законовъ», составлять которое Сперанскій началъ въ 1838 году, о Комитетѣ говорится

---

[1]) Сперанскій удаленъ 17 марта. 20 марта утверждено Учрежденіе Комитета.

[2]) Архивъ историческихъ и практическихъ свѣдѣній, относящихся до Россіи. 1859, кн. III, стр. 15.

[3]) Тамъ же, стр. 42.

[4]) Тамъ же, стр. 45.

[5]) Сборникъ Русскаго Историческаго Общества, томъ XXX, 1880, стр. 381. Напечатанное тамъ же (стр. 410), въ видѣ приложенія, Краткое историческое обозрѣніе есть дословное воспроизведеніе части цитуемой выше записки о государственныхъ установленіяхъ.

подъ рубрикой «Составъ министерствъ въ совокупномъ ихъ дѣйствіи» слѣдующее: «Всѣ министерство въ совокупности составляютъ одинъ общій ихъ совѣтъ подъ именемъ Комитета министровъ» [1]).

Этотъ взглядъ графа Сперанскаго, такъ настойчиво имъ проводимый, что Комитетъ есть не болѣе какъ совѣщаніе министровъ, сталъ у насъ господствующимъ, хотя онъ совершенно противорѣчитъ общему характеру функцій Комитета. Самъ же Сперенскій, опредѣляя предметы его вѣдомства, говоритъ, что они «объемлютъ все исполнительное законодательство» [2]). Но это не есть дѣло общаго совѣщанія министровъ. Къ тому же съ 1861 года у насъ существуетъ особый Совѣтъ министровъ, предназначенный именно для такого рода дѣлъ, которыя и въ другихъ государствахъ обсуждаются сообща всѣми министраии (conseil des ministres, Gesammtministerium, Cabinet). Комитетъ же министровъ представляется въ дѣйствительности совѣщательнымъ учрежденіемъ для предварительнаго обсужденія дѣлъ исполнительныхъ, разрѣшаемыхъ Высочайшею властью. Такое именно значеніе придаетъ Комитету и учрежденіе 1812 года, назначая ему особаго предсѣдателя не изъ министровъ, вводя въ составъ его предсѣдателей департаментовъ Государственнаго Совѣта и предусматривая возможность назначенія особыхъ членовъ. Вполнѣ соотвѣтствуетъ этому значенію Комитета и установившійся съ царствованія Николая I обычай назначать членомъ его наслѣдника престола. Но, съ другой стороны, сложившееся подъ вліяніемъ графа Спетанскаго признаніе Комитета лишь коллективной формой министерскаго доклада, привело къ тому, что особо назначенные члены въ составѣ комитета большая рѣдкость, что съ сокращеніемъ числа департаментовъ Государственнаго Совѣта, возросшее такимъ образомъ преобладаніе въ Комитетѣ представителей активной администраціи ничѣмъ не было парализовано.

Въ 1812 году Комитету былъ данъ особый предсѣдатель, графъ Салтыковъ; но со смертью его въ 1816 году предсѣдательствованіе въ Комитетѣ было поручено предсѣдателю Государственнаго Совѣта князю Лопухину [3]), и такимъ образомъ установилось соединеніе въ одномъ лицѣ званій предсѣдателя Совѣта и предсѣдателя Комитета. Такая практика сохранялась до 1865 года, когда съ назначеніемъ предсѣдателемъ Государственнаго Совѣта В. К. Константина Николаевича, князь Гагаринъ остался только предсѣдателемъ Комитета. Съ этого времени, опять стали назначать въ Комитетъ особыхъ предсѣдателей, какъ это было и

---

[1]) Руководство, 1845, стр. 148.

[2]) Тамъ же, стр. 149.

[3]) Журналы Комитета Министровъ, т. I, 1888, стр. 24, 27.

въ 1812—1816 годахъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ предсѣдатели совѣта назначаются членами комитета

Такимъ образомъ, въ личномъ составѣ Комитета рѣшительное преобладаніе принадлежитъ представителямъ активной администраціи—министрамъ. Они составляютъ приблизительно $^2/_3$ всѣхъ членовъ Комитета. Это преобладаніе усиливается еще тѣмъ, что министръ, въ случаѣ невозможности для него быть въ Комитетѣ, замѣняется товарищемъ министра; другіе же члены никѣмъ замѣняемы быть не могутъ.

Едва ли подобный составъ можно признать вполнѣ соотвѣтствующимъ назначенію Комитета. Разъ положенія Комитета восходятъ на Высочайшее утвержденіе, и слѣдовательно, суть акты Верховной власти, а не министровъ, они требуютъ спокойнаго и разносторонняго обсужденія. Министры, завѣдуя каждый отдѣльною отраслью, естественно склонны выше всего ставить интересы своего вѣдомства. Являясь представителями активнаго управленія, они находятся, такъ сказать, подъ непосредственнымъ давленіемъ запросовъ текущей государственной дѣятельности и потому не могутъ не быть особенно отзывчивы къ потребностямъ данной минуты. Отвѣтственные органы исполнительной власти, они всегда стремятся къ обезпеченію себѣ возможной свободы дѣйствія, возможной полноты власти. Все это неизбѣжно, все это такъ и должно быть. Но потому-то власть министровъ и ограничена обязанностью вносить важнѣйшія административныя дѣла въ Комитетъ, который долженъ сдерживать возможныя увлеченія отдѣльныхъ министровъ [1]).

Высочайше утвержденныя положенія Комитета суть акты Верховной власти. Они имѣютъ то же значеніе, какъ въ Пруссіи königliche Verordnungen, во Франціи décrets portant réglement d'administration publique, въ Англіи orders in Council. Имъ не пристало быть выраженіемъ односторонникъ интересовъ какого-нибудь отдѣльнаго вѣдомства, или исключительныхъ требованій текущаго активнаго управленія,—въ монархіи болѣе, чѣмъ гдѣ-либо. Монархическая власть, живое воплощеніе государственной идеи, стоитъ выше всякихъ односторонникъ или минутныхъ интересовъ. Поэтому въ высшемъ совѣщательномъ учрежденіи по дѣламъ управленія министры должны быть членами, но едвали цѣлесообразно давать имъ рѣшительное преобладаніе. Имъ должны быть противопоставлены другія лица, не стоящія непосредственно у дѣлъ управленія, могущія поэтому относиться къ обсуждаемымъ вопросамъ спокойнѣе и свободнѣе, ставя ихъ въ надлежащую перспективу, соображая ихъ съ общими и постоянными задачами государственной жизни, охраняя должную грань между управленіемъ, съ одной стороны, законодательствомъ и судомъ—съ другой. Составъ Комитета, какъ онъ опредѣ-

[1]) L. *v. Stein*, Die vollziehende Gewalt, I, 1869, S. 181.

лялся Учрежденіемъ 1812 года. въ извѣстной степени и удовлетворяетъ этимъ требованіямъ. Включеніе въ составъ Комитета вліятельнѣйшихъ членовъ Государственнаго Совѣта, предсѣдателей департаментовъ, весьма цѣлесообразно, тѣмъ болѣе, что Совѣтъ въ то время былъ и высшей судебной инстанціей. Предсѣдатели департаментовъ Совѣта служили поэтому представителями и законодательной, и судебной власти. Съ судебной реформой это измѣнилось. Судебныя функціи отошли отъ Государственнаго Совѣта. Вмѣстѣ съ тѣмъ, число министровъ возросло, а число департаментовъ Совѣта сократилось. Министры по самому своему положенію служатъ выразителями требованій цѣлесообразности. Съ усиліемъ этого элемента представилось бы, повидимому, умѣстнымъ увеличить и число представителей интересовъ законности. Послѣдовательное примѣненіе тѣхъ самыхъ началъ, какія положены въ основу Учрежденія 1812 года, казалось бы, должно привести къ включенію въ составъ Комитета и представителей Сената, ставшаго теперь дѣйствительно высшей инстанціей суда. Въ такомъ качествѣ могли бы быть признаны членами Комитета первоприсутствующіе.

Если обратиться къ соотвѣтствующимъ Комитету учрежденіямъ иностранныхъ государствъ, то увидимъ, что въ составѣ ихъ министры не пользуются обыкновенно такимъ, какъ у насъ, преобладаніемъ. Въ Баваріи государственный совѣтъ состоитъ, кромѣ министровъ, изъ наслѣдника престола и столькихъ совѣтниковъ по особому королевскому назначенію, чтобы число ихъ по меньшей мѣрѣ равнялось числу министровъ [1]). Во Франціи предсѣдательствуетъ въ государственномъ совѣтѣ министръ юстиціи, но за то другіе министры имѣютъ въ немъ голосъ лишь по дѣламъ, касающимся ихъ вѣдомства. Собственно члены совѣта дѣлятся на 32 ординарныхъ и 18 экстраординарныхъ совѣтниковъ. Особенность экстра-ординарныхъ совѣтниковъ въ томъ, что они избираются изъ лицъ, занимающихъ высшія административныя должности, не получаютъ особаго содержанія, имѣютъ голосъ, подобно министрамъ, лишь въ дѣлахъ ихъ вѣдомства, и съ оставленіемъ своей главной должности теряютъ и званіе государственнаго совѣтника [2]). Подобнымъ же образомъ и въ Испаніи [3]) государственный совѣтъ состоитъ изъ предсѣдателя, министровъ и 32 совѣтниковъ.

Несоотвѣтствіе съ общимъ характеромъ функцій, принадлежащихъ Комитету, замѣчается не только въ его составѣ, но и въ устройствѣ. Комитетъ призванъ обсуждать массу разнообразныхъ, иногда очень сложныхъ, дѣлъ, требующихъ зачастую чисто технической разработки.

---

[1]) *Seydel*, das Staatsrecht des Königreiches Bayern, S. 247.

[2]) *Batbie*, Précis de droit public, p. 55.

[3]) *Campos*, das Staatsrecht des Königreiches Spanien, 1889, S. 47.

Въ статьѣ 26 Учрежденія Комитета дано длинное, подъ 19 пунктами, перечисленіе предметовъ его вѣдѣнія, но и этотъ перечень далеко не полонъ [1]). Однако, для разсмотрѣнія всѣхъ этихъ дѣлъ комитетъ функціонируетъ только въ составѣ общаго присутствія, составленнаго притомъ все изъ людей и такъ очень занятыхъ, и собирающагося всего разъ въ недѣлю. И это въ Россіи, съ ея огромной территоріей, съ ея пестрымъ стомилліоннымъ населеніемъ, когда во Франціи, напримѣръ, государственный совѣтъ, соотвѣтствующій нашему комитету, имѣетъ, кромѣ общаго собранія, еще пять отдѣльныхъ секцій!—Къ тому же общія собранія подобныхъ учрежденій вообще неподходящая форма засѣданій для внимательной, детальной разработки вопроса. Даже въ Государственномъ Совѣтѣ, гдѣ министры не составляютъ большинства, гдѣ много членовъ, не обремененныхъ постоянными служебными занятіями, главное значеніе имѣетъ разработка проектовъ въ департаментахъ. Въ общемъ собраніи даже пренія происходятъ сравнительно рѣдко. Поэтому отсутствіе въ Комитетѣ спеціальныхъ секцій, которыя подготовляли бы предварительно дѣла къ обсужденію въ общемъ присутствіи, нельзя не признать существеннымъ недостаткомъ. При такихъ условіяхъ представленіе дѣлъ въ Комитетъ нерѣдко сводится къ простой формальности, и лишь въ исключительныхъ случаяхъ возникаютъ въ немъ сколько-нибудь оживленныя пренія.

Реформы Александра II такъ широко раздвинули задачи нашего государственнаго управленія, что неудобства, связанныя съ отсутствіемъ въ составѣ Комитета спеціальныхъ секцій, съ соотвѣтствующимъ составомъ не могли не ощутиться на практикѣ. Потребности все расширяющагося государственнаго управленія привели уже отчасти къ восполненію этого недостатка, правда, въ своеобразной, какъ бы скрытой, формѣ. Статья 26, п. 3 Учр. Ком. Мин. относитъ къ вѣдѣнію Комитета «представленія и предположенія министра путей сообщенія по разрѣшенію постройки желѣзныхъ дорогъ, а также главныя мѣропоженія по частнымъ желѣзнымъ дорогамъ». Но желѣзнодорожныя дѣла такъ сложны, требуютъ столько спеціальныхъ знаній, и вмѣстѣ съ тѣмъ имѣютъ такое значеніе для всего народнаго хозяйства, что обсужденіе ихъ прямо въ общемъ присутствіи Комитета не могло не оказаться неудовлетворяющимъ своей цѣли. И вотъ, для разсмотрѣнія именно этихъ дѣлъ образовалось учрежденіе, которое въ сущности есть ничто иное

---

[1]) Такъ не указано, что въ Комитетъ поступаютъ представленія министра внутреннихъ дѣлъ объ увольненіи изъ русскаго подданства (учр. мин., ст. 1352, прим. 1) и о временномъ удаленіи чиновниковъ, назначаемыхъ Высочайшею властью (Учр. мин., ст. 1348): проектъ таксъ, вознагражденія лоцманамъ (Собр. Узак. 1884, № 77, ст. 573 § 6) и т. п.

какъ спеціальная секція Комитета. Я говорю, конечно, о совѣтѣ по желѣзнодорожнымъ дѣламъ, учрежденномъ въ 1885 году. Хотя онъ отнесенъ къ составу министерства путей сообщенія, но тѣмъ не менѣе «имѣетъ значеніе учрежденія между-министерскаго», какъ на это прямо указано въ журналѣ соединенныхъ департаментовъ [1]), какъ это явствуетъ и само собой изъ его состава. Подъ предсѣдательствомъ министра путей сообщенія, его составляютъ товарищъ министра, директоръ департамента желѣзныхъ дорогъ, предсѣдатель управленія казенныхъ желѣзныхъ дорогъ, директоръ департамента желѣзнодорожныхъ дѣлъ, два члена отъ министерства путей сообщенія, по одному члену отъ министерствъ: финансовъ, юстиціи, внутреннихъ дѣлъ, государственныхъ имуществъ, военнаго и государственнаго контроля и по два представителя отъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ, торговли и мануфактуръ, земледѣльческой и горнозаводской промышленностей. Члены отъ различныхъ вѣдомствъ, а также представители торговли, мануфактуръ, земледѣльческой и горнозаводской промышленности назначаются по представленію подлежащихъ министровъ высочайшею властью, а представители частныхъ желѣзныхъ дорогъ избираются общимъ желѣзнодорожнымъ съѣздомъ на годичный срокъ. Рѣшенія совѣта, постановляемыя по большинству голосовъ, лишь тогда признаются окончательными, когда съ ними согласятся министръ путей сообщенія и всѣ члены отъ другихъ министерствъ. Въ противномъ случаѣ, дѣло опредѣленнымъ порядкомъ переходитъ въ Комитетъ министровъ. Такимъ образомъ желѣзнодорожный совѣтъ и Комитетъ стоятъ другъ къ другу въ отношеніи двухъ инстанцій: низшей и высшей, совершенно такъ-же, какъ департаменты Государственнаго Совѣта къ общему собранію по дѣламъ, не имѣющимъ законодательнаго характера (Учр. Гос. Сов., ст. 48 и 49).

Разъ практически былъ проложенъ путь къ устраненію неудобствъ, проистекающихъ отъ неимѣнія въ Комитетѣ спеціальныхъ секцій, жизнь не замедлила воспользоваться имъ и для другихъ цѣлей. Всего черезъ четыре года по учрежденіи желѣзнодорожнаго совѣта организуется совершенно аналогичный съ нимъ совѣтъ по тарифнымъ дѣламъ уже въ составѣ министерства финансовъ, но съ точно такимъ же «между-министерскимъ» характеромъ, и ставится совершенно въ такое же отношеніе къ Комитету министровъ. Этимъ лучше всего доказывается, что потребность въ подобныхъ «между-министерскихъ» совѣтахъ, подчиненныхъ, собственно говоря, Комитету дѣйствительно существуетъ и что приданная желѣзнодорожному совѣту организація оказалась на практикѣ вполнѣ цѣлесообразной.

---

[1]) Общій уставъ россійскихъ желѣзныхъ дорогъ съ изложеніемъ бывшихъ при разсмотрѣніи онаго въ Государственномъ Совѣтѣ сужденій, 1886, стр. 168.

Земское дѣло не уступаетъ, конечно, желѣзнодорожному ни въ значеніи для государства, ни въ сложности и разнообразіи порождаемыхъ имъ вопросовъ, ни въ обширности спеціальныхъ знаній, требующихся для его разумнаго веденія. Земство имѣетъ дѣло съ мѣстными нуждами. А какъ разнообразны у насъ мѣстныя условія, съ какимъ трудомъ дается ихъ изученіе, какое разнообразіе свѣдѣній требуется для ихъ надлежащаго пониманія! Школы, больницы, общественное призрѣніе, страхованіе, дороги, санитарное и строительное дѣло, пожарная часть, и все это въ примѣненіи къ самымъ разнообразнымъ мѣстнымъ, географическимъ и бытовымъ условіямъ—таковы обширныя задачи земскаго управленія.

Можно съ увѣренностью сказать, что одному Комитету не справиться съ возложенною на него функціей надзора за земскимъ дѣломъ, какъ не могъ онъ справиться съ дѣломъ желѣзнодорожнымъ. И тутъ должна неизбѣжно сказаться потребность въ образованіи подобнаго же *Совѣта по земскимъ дѣламъ*. Безъ этого надзоръ Комитета по необходимости сведется къ формальности, и на дѣлѣ сосредоточится въ рукахъ одного министра внутреннихъ дѣлъ. А къ какимъ послѣдствіямъ приводитъ такой односторонній надзоръ въ дѣлѣ, имѣющемъ первостепенное и разностороннее государственное значеніе, неукладывающееся въ рамки одного министерства, показалъ достаточно убѣдительно прежній нашъ опытъ съ желѣзнодорожнымъ дѣломъ. Только значеніе земства для государственной жизни еще шире и разнообразнѣе.

Готовымъ образцомъ для организаціи Совѣта по земскимъ дѣламъ могутъ служить тѣ-же совѣты по желѣзнодорожнымъ и тарифнымъ дѣламъ, конечно mutatis mutandis. Совѣтъ по земскимъ дѣламъ долженъ быть учрежденъ въ составѣ министерства внутреннихъ дѣлъ, подъ предсѣдательствомъ министра. Въ составъ его могутъ войти оба товарища министра, два члена отъ министерства внутреннихъ дѣлъ, по одному члену отъ министерствъ финансовъ, государственныхъ имуществъ, народнаго просвѣщенія, путей сообщенія, юстиціи и отъ государственнаго контроля, а затѣмъ представители самихъ земствъ. Въ совѣтѣ по тарифнымъ дѣламъ число представителей равно числу другихъ членовъ, если не считать предсѣдателя. Примѣняя тоже начало и здѣсь, получимъ десять представителей отъ земства. Какимъ порядкомъ ихъ назначать? Представители отъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ избираются самими желѣзнодорожниками. Земскіе дѣятели, разумѣется, не меньше заслуживаютъ довѣрія. Десять представителей отъ земства могли бы избираться губернскими земскими собраніями, при чемъ двое изъ нихъ всегда бы избирались отъ петербургскаго и московскаго земства, а восемь остальныхъ отъ различныхъ земствъ по очереди, опредѣляемой хотя бы министромъ внутреннихъ дѣлъ. Тридцать двѣ губерніи, не получающія по-

стояннаго представительства, могли бы быть раздѣлены на восемь группъ, сообразно сходству мѣстныхъ условій, такъ чтобы каждая группа имѣла всегда своего представителя въ Совѣтѣ. Представители отъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ избираются на годъ. Для представителей отъ мѣстныхъ земствъ пришлось бы срокъ этотъ удлиннить, уравнявъ его со срокомъ земскихъ выборовъ.

Составленный такимъ образомъ Совѣтъ по земскимъ дѣламъ представлялъ бы всѣ условія для обстоятельнаго и всесторонняго обсужденія возникающихъ сомнѣній въ цѣлесообразности постановленій земскихъ собраній. Всѣ могущіе быть затронутыми при этомъ интересы имѣли бы въ немъ своихъ представителей и, что особенно важно, въ немъ были бы и люди, близко знакомые съ разнообразными мѣстными условіями различныхъ областей нашего отечества. Естественной склонности юрократіи все подгонять подъ одинъ общій шаблонъ былъ бы этимъ созданъ должный противовѣсъ.

Рѣшенія Совѣта по земскимъ дѣламъ признавались бы окончательными, лишь подъ условіемъ согласія съ ними министра внутреннихъ дѣлъ и начальниковъ всѣхъ другихъ вѣдомствъ, имѣющихъ въ немъ своихъ представителей. Въ противномъ случаѣ дѣло, переходило бы въ Комитетъ министровъ. При такихъ условіяхъ надзоръ Комитета за цѣлесообразностью земскихъ постановленій получилъ бы гораздо большее практическое значеніе. Комитетъ могъ бы тогда отнестись къ этому дѣлу болѣе сознательно и съ большимъ вниманіемъ, такъ какъ задача его была бы значительно облегчена. Съ учрежденіемъ совѣта по земскимъ дѣламъ, во-первыхъ, значительно сократилось бы число дѣлъ, поступающихъ въ Комитетъ. Во-вторыхъ, тѣ немногія дѣла, которыя бы доходили до него, поступали бы въ него послѣ предварительной всесторонней и детальной разработки, съ обстоятельнымъ выясненіемъ фактической стороны дѣла и съ вполнѣ опредѣлившейся формулировкой спорнаго вопроса [1]).

---

[1]) См. приложеніе.

ОТДѢЛЪ IV.

Международное право.

Международное право и его система.

Слишкомъ два съ половиною столѣтія прошло съ тѣхъ поръ какъ безсмертнымъ трактатомъ Гуго Гроція «О правѣ войны и мира» положено основаніе наукѣ международнаго права. За это время успѣла уже накопиться богатая литература по различнымъ вопросамъ науки международнаго права, а вопросъ о существованіи ея предмета все еще остается спорнымъ, Отрицатели международнаго права не переводятся до сихъ поръ. Знакомясь съ исторіей этого вѣковаго спора, мы поражаемся не только его безконечностью, но въ еще большей степени его монотонной и утомительной однообразностью. И съ той и съ другой стороны повторяются все одни и тѣ же доводы. Этотъ споръ, такъ долго продолжаемый однимъ поколѣніемъ юристовъ за другимъ, какъ бы лишенъ развитія; онъ какъ бы замеръ, остановился на одной точкѣ и дальше не двигается. А между тѣмъ аргументы, выставляемые отрицателями международнаго права, далеко не отличаются силой и убѣдительностью.

Если не обращать вниманія на различія формулировки, всѣ ихъ доводы могутъ быть сведены къ тремъ. Прежде всего международное право не можетъ существовать, по ихъ мнѣнію, потому что нѣтъ власти, которая могла бы предписывать законы независимымъ государствамъ, являющимся субъектами международныхъ отношеній. Слѣдовательно, прежде всего нѣтъ международнаго права въ объективномъ смыслѣ. Не существуетъ такихъ нормъ, которыя бы имѣли международный характеръ.

Но затѣмъ утверждаютъ, что точно также неприложимо къ международнымъ отношеніямъ и понятіе права въ субъективномъ смыслѣ, Право въ субъективномъ смыслѣ необходимо предполагаетъ соотвѣтствующую ему обязанность, выполненіе которой въ случаѣ надобности можетъ быть осуществляемо принудительнымъ путемъ. Этимъ право и отличается отъ нравственности. Нравственность находитъ санкцію своихъ требованій лишь въ упрекахъ совѣсти, право—во внѣшнемъ при-

нужденіи къ выполненію его велѣній и запретовъ; а въ международныхъ отношеніяхъ, по самой ихъ природѣ, такого принужденія къ выполненію обязанностей, соотвѣтствующимъ правамъ, не можетъ существовать. Если бы международное право существовало, оно бы установило права и обязанности государствъ въ отношеніи другъ къ другу. Но государство, какъ суверенный независимый союзъ, не терпитъ надъ собой высшей власти, которая бы могла принудить его къ выполненію требованій права. Поэтому можно говорить развѣ только о международной нравственности, но никакъ не о международномъ правѣ.

Наконецъ, въ третьихъ, за международнымъ правомъ нельзя признать юридическаго характера и потому, что нѣтъ суда, который бы стоялъ надъ государствами и рѣшалъ ихъ споры, опредѣляя что право и что нѣтъ въ международныхъ отношеніяъ.

Какъ я сказалъ, сила этихъ возраженій не велика. Они доказываютъ или слишкомъ много, или ничего. Если необходимыми принадлежностями всякаго права считать законодательство, судъ, принудительную власть, поддерживающую силу правовыхъ нормъ, то придешь къ отрицанію не одного международнаго права, но и многихъ другихъ институтовъ, юридическій характеръ которыхъ стоитъ однако внѣ спора. Такъ законодательство не есть единственный источникъ права. Это вообще есть явленіе сравнительно позднее, даже и въ гражданскомъ правѣ, въ этомъ правѣ по преимуществу. Право возникаетъ задолго до появленія законовъ и творится первоначально обычаемъ и судебной практикой. Что касается суда, то точно также отсутствіе его замѣчается не въ однихъ только международыхъ отношеніяхъ. Въ публичномъ правѣ вообще судебная охрана не получила должнаго развитія. Многія публичныя права и во внутренней жизни государства остаются безъ такой охраны, и даже въ литературѣ вопросъ о томъ, насколько судебная охрана приложима къ публичному праву—вопросъ спорный. Идея судебной охраны публичныхъ правъ идея еще новая, только въ самое послѣднее время начинающая завоевывать себѣ почву практическаго осуществленія. И нельзя не обратить при этомъ вниманія на то, что возбужденіе вопроса о необходимости организаціи административныхъ судовъ, какъ охранителей публичныхъ правъ, совпало съ оживленіемъ интереса къ идеѣ и международнаго суда. Это совпаденіе—не простая случайность. Оно прямо обусловлено взаимнымъ соотношеніемъ двухъ этихъ вопросовъ. Оба они только части болѣе общаго вопроса о судебной охранѣ публичнаго права вообще, какъ въ предѣлахъ отдѣльныхъ государствъ, такъ и въ международномъ союзѣ. Доводъ, основанный на томъ, что международное право не имѣетъ принудительнаго характера, представляется наиболѣе серьезнымъ. Дѣйствительно, если считать принужденіе существенной принадлежностью права, можетъ явиться сомнѣніе въ юридическомъ харак-

терѣ международныхъ отношеній. Но дѣло въ томъ, что признаніе принужденія существенной принадлежностью права вопросъ по меньшей мѣрѣ столь же спорный, какъ и вопросъ объ юридическомъ характерѣ международныхъ отношеній. И конечно нельзя рѣшать вопросъ, подкрѣпляя одно спорное положеніе другимъ, такимъ же спорнымъ.

Но даже допустимъ, что право необходимо предполагаетъ принужденіе. Можно и при этомъ условіи отстаивать юридическій характеръ международныхъ отношеній. Вѣдь принужденіе въ нихъ не только не невозможно, но даже напротивъ нигдѣ оно не принимаетъ такихъ грандіозныхъ размѣровъ, какъ именно въ международной жизни, являясь здѣсь въ страшномъ образѣ войны. Государство, уклоняющееся отъ добровольнаго исполненія падающихъ на него обязанностей, можетъ быть къ этому принуждено предпринятыми противъ него военными дѣйствіями. Конечно, существуетъ большое различіе между войной и тѣмъ принужденіемъ, какое осуществляетъ государственная власть по отношенію къ лицамъ, нарушающимъ правовыя нормы. Исходъ войны всегда гадателенъ; напротивъ, принудительная власть государства дѣйствуетъ почти навѣрняка. Различіе тутъ, повторяю, громадное. Но все таки не слѣдуетъ забывать, что, какъ ни велико это различіе, оно все таки различіе количественное, а не качественное. Мы не можемъ сказать, чтобы государственная власть дѣйствовала навѣрняка, мы должны ради истины прибавить *почти*, и это почти дѣлаетъ различіе только количественнымъ. Но что еще важнѣе — тотъ порядокъ, какой теперь установился во внутренней жизни государствъ, есть явленіе сравнительно новое, а прежде и тамъ принужденіе по отношенію къ правонарушителю осуществлялось самимъ потерпѣвшимъ, его личными силами, на его личный страхъ. Такая *частная* война обиженнаго противъ обидчика представляетъ уже полную аналогію съ публичной войной государствъ.

И такъ, не трудно опровергнуть всѣ эти доводы. Всѣ они основаны на сравненіи международнаго права съ гражданскимъ и притомъ въ современномъ его состояніи. Но гражданское право еще не все право и не всегда оно было такимъ, какъ теперь. Что международное право не похоже на гражданское, это безспорно; но отсюда не слѣдуетъ, что оно не есть право. Международное право есть отрасль публичнаго права и поэтому, по необходимости, его институты существенно отличаются отъ частно-правовыхъ институтовъ.

Если бы вся сила отрицательнаго отношенія къ международному праву ограничивалась одними этими аргументами, оно бы конечно, давно было сдано въ архивъ. Но за этими аргументами стоитъ, хотя и рѣдко высказываемое, но гораздо болѣе глубокое основаніе этого, упорно сохраняющагося, сомнѣнія въ возможности признать за международными

отношеніями юридическій характеръ. Оно обыкновенно не высказывается, потому что не легко поддается опредѣленной формулировкѣ; но безъ всякаго сомнѣнія въ немъ истинныя основанія отрицательнаго отношенія къ международному праву.

Раскрывъ любой курсъ международнаго права, на первыхъ же его страницахъ, какъ основаніе всего дальнѣйшаго изложенія, найдете юридическій анализъ такихъ вопросовъ, которые на непредубѣжденный взглядъ представляются рѣшительно недопускающими юридическаго разрѣшенія, юридическій анализъ которыхъ совершенно лишенъ всякаго практическаго значенія.

Въ основаніе всей системы международнаго права кладутъ обыкновенно ученіе о такъ называемыхъ основныхъ правахъ государства Права эти признаются неотъемлемою принадлежностью каждаго государства. Онѣ вытекаютъ якобы изъ самаго существа государства и потому государство не можетъ и само отказаться отъ нихъ. Таковы права на существованіе или на самосохраненіе, право на равенство, право на независимость. Изъ правъ на существованіе выводятъ обязанность всѣхъ государствъ взаимно уважать неприкосновенность другъ друга; изъ права на равенство—обязанность не подчинять себѣ другія государства; изъ правъ на независимость—обязанность невмѣшательства въ дѣла другихъ государствъ. Такимъ образомъ взаимныя международныя отношенія государствъ сводятся къ юридическому отношенію, слагающемуся изъ опредѣленныхъ правъ и обязанностей, субъектомъ которыхъ являются сами государства.

Но такая постановка вопроса совершенно не согласуется прежде всего съ исторической дѣйствительностью. Неприкосновенность, равенство, независимость на дѣлѣ вовсе не служатъ руководящими началами международныхъ отношеній. Исторія представляетъ, напротивъ, непрерывный рядъ самыхъ грубыхъ нарушеній этихъ пресловутыхъ основныхъ правъ. Государства заурядъ отнимаютъ другъ отъ друга территоріальныя владѣнія, вмѣшиваются въ чужія дѣла, подчиняютъ другъ друга. Вопреки приписываемому имъ основному праву на существованіе государства гибнутъ отъ внѣшнихъ насилій, и на обломкахъ возникаютъ новыя. То или другое государство существуетъ, конечно, не въ силу какого-то права на существованіе, а въ силу того, что имѣетъ въ себѣ достаточно силы, чтобы охранять и развивать свое могущество Государство, лишенное силы, изжившее свое содержаніе, неизбѣжно распадается, уступая мѣсто новымъ, болѣе жизненнымъ политическимъ союзамъ. И что важнѣе всего, безусловное уваженіе правъ каждаго государства на существованіе нельзя признать даже идеаломъ международнаго порядка. Если бы право это на практикѣ всѣми дѣйствительно уважалось, это привело бы къ полному застою политической

жизни. При такихъ условіяхъ образованіе новыхъ государствъ сдѣлалось бы далѣе невозможнымъ. Молодыя, прогрессивныя, изобилующія силами государства были бы лишены возможности дальнѣйшаго развитія. Поэтому строгое уваженіе права государствъ на существованіе дѣлало бы рѣшительно невозможнымъ всякій прогрессъ политической жизни. Жизни государства нѣтъ опредѣленнаго срока. Государства не подвержены естественной смерти отъ старости. Они гибнутъ всегда только отъ насилія. Государство, даже вовсе лишенное внутренней силы, можетъ существовать весьма долгое время, если почему-либо его будутъ охранять отъ рѣшительнаго внѣшняго насилія. Современная Турція—живое тому доказательство.

Точно также нельзя желать и безусловнаго невмѣшательства. Безусловно воздерживаться отъ вмѣшательства въ дѣла другого государства значило бы во многихъ случаяхъ оставаться безучастнымъ свидѣтелемъ самыхъ ужасныхъ насилій, самыхъ вопіющихъ несправедливостей; значило бы приносить въ жертву отвлеченному принципу самые святые интересы человѣчества.

Въ основаніе ученія о правѣ войны кладется вопросъ о правѣ на войну. При этомъ различаютъ дозволенную или справедливую и недозволенную или несправедливую войну и дозволенной войной считаютъ лишь войну, предпринятую для возстановленія нарушеннаго права. Такъ, напримѣръ, Блунчли не считаетъ достаточнымъ оправданіемъ войны одно лишь требованіе государственнаго интереса. Законнымъ поводомъ къ войнѣ, по его мнѣнію, можетъ послужить только серьезное нарушеніе права, насильственное нарушеніе владѣнія, или крупное нарушеніе общаго мирового порядка (?). Затѣмъ онъ, однако, спѣшитъ оговориться, что не только нарушеніе уже исторически признаннаго и пріобрѣтеннаго права, но и препятствованіе установленію новыхъ правъ или прогрессивному измѣненію существующихъ также составляетъ законный поводъ начать войну [1]). Но измѣненіе существующаго порядка есть уже вопросъ цѣлесообразности, оно можетъ требоваться не ради защиты права, а лишь ради охраны интересовъ, неукладывающихся въ рамки установившагося юридическаго порядка. Такимъ образомъ этой оговоркой Блунчли самъ себѣ противорѣчитъ, косвенно оправдывая начатіе войны однимъ лишь требованіемъ государственнаго интереса.

Но ко всему этому, всѣ такія разсужденія о законныхъ поводахъ войны лишены всякаго практическаго значенія. Самъ Блунчли признаетъ совершенно одинаковую примѣнимость всѣхъ нормъ права войны какъ къ справедливой, такъ и къ несправедливой войнѣ, безразлично. Иначе, замѣчаетъ онъ вполнѣ основательно, нормы эти не

[1]) Das moderne Völkerrecht, §§ 516—518.

имѣли бы никакой силы, такъ какъ каждая сторона считаетъ свое дѣло правымъ, а чужое—неправымъ. Но вѣдь это означаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что юридическое положеніе воюющихъ совершенно одинаково, ведутъ ли они справедливую или несправедливую войну. Къ чему же тогда самое различіе справедливыхъ и несправедливыхъ войнъ? Къ тому же на дѣлѣ государства воюютъ, когда вынуждены къ тому обстоятельствами и имѣютъ необходимыя для того средства. Законный же поводъ къ войнѣ всегда отыщется. Вѣдь международая жизнь не знаетъ давности, а государства существуютъ вѣками; вѣками измѣряется и существованіе интересовъ, изъ-за которыхъ ведутся войны. Не удалось отомстить за правонарушеніе тотчасъ же, отомстятъ черезъ 10, 50, 100 лѣтъ. А разъ вопросъ ставится такимъ образомъ, за кѣмъ не отыщется въ прошломъ правонарушенія? Словомъ, вопросъ о правѣ на войну такой же праздный, какъ и вопросъ о правѣ государствъ на существованіе.

Всѣ подобные вопросы, мнѣ кажется, должны быть вовсе оставлены изслѣдователями международнаго права. Возникновеніе, существованіе, гибель государства—все это историческіе факты, опредѣляемые не юридическими нормами, а тѣми силами, которыми творится исторія. Разсматривать эти факты какъ моменты бытія юридическихъ отношеній, какъ осуществленіе правъ, какъ выполненіе правообязанностей, какъ правонарушенія—значитъ вдаваться въ совершенно безплодныя, схоластическія разсужденія, чуждыя дѣйствительной жизни и ничего для нея пригоднаго не могущія дать.

Установившаяся конструкція международнаго права представляетъ собою слѣпое подражаніе устарѣлой конструкціи частнаго права, сложившейся въ эпоху господства теоріи естественнаго права. Отвлеченное понятіе человѣка замѣнили такимъ же отвлеченнымъ понятіемъ государства, присвоили государству всѣ тѣ же права, какія признавались тогда за отдѣльною личностью, и въ результатѣ получилась законченная цѣльная система международнаго права, вся сотканная изъ праздныхъ схоластическихъ разсужденій, имѣющихъ такой же практическій интересъ, какъ извѣстныя разсужденія Неттельблатта о допотопномъ правѣ.

И въ самомъ дѣлѣ эти схоластическія разсужденія не составляютъ вовсе исключительной принадлежности одного международнаго права, а просто остатокъ давнихъ, устарѣлыхъ теорій, когда-то царившихъ и въ другихъ юридическихъ наукахъ. Было время, когда и въ частномъ правѣ считали необходимымъ разсуждать о правѣ жить или о правѣ пользоваться членами своего собственнаго тѣла [1]), а въ государствен-

[1]) Къ этимъ-то теоріямъ и относится извѣстная эпиграмма Шиллера, въ которой онъ на вопросъ: (См. прим. на стр. 442).

номъ правѣ серьезно обсуждался вопросъ о правѣ народа на революцію, вопросъ, имѣющій даже очень обширную литературу. Такъ въ томъ самомъ сочиненіи Гуго Гроція, которымъ онъ положилъ начало наукѣ международнаго права, изслѣдуется довольно пространно и вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ народъ имѣетъ право возстать противъ своего правителя. Разумѣется, это такой же праздный вопросъ, какъ и вопросъ о томъ, по какимъ поводамъ государство имѣетъ право вести войну. Какъ въ войнѣ между государствами, такъ и въ борьбѣ междуусобной, побѣдитель всегда правъ, побѣжденный всегда неправъ. Революція, какъ и война, не право, а историческій фактъ.

Теперь всѣ подобные систематическіе вопросы, какъ недостойные серьезной науки, оставлены и въ частномъ, и въ публичномъ правѣ, не только безъ вреда для юридической науки, но даже съ прямой пользой для дѣла. Устранивъ безплодную схоластику, можно съ большимъ вниманіемъ сосредоточиться на дѣйствительно жизненныхъ вопросахъ науки. Зачѣмъ же сохранять это наслѣдіе устарѣлыхъ теорій въ одномъ только международномъ правѣ? Зачѣмъ удерживать за нимъ этотъ архаическій обликъ, служащій главной причиной отрицательнаго къ нему отношенія? Государства, конечно, не перестанутъ попрежнему существовать и попрежнему гибнуть и распадаться, каждое въ свой чередъ и тогда, когда юристы перестанутъ разсуждать о правѣ государствъ на существованіе; но зато право на существованіе самой науки международнаго права станетъ яснымъ для всѣхъ и безспорнымъ только тогда, когда подобныя праздныя разсужденія исчезнутъ со страницъ трактатовъ по международному праву.

Дѣло въ томъ, что праздными разсужденіями объ основныхъ правахъ государства не исчерпывается еще все содержаніе международнаго права. За этими пресловутыми правами государствъ стоятъ права отдѣльныхъ лицъ, находящія себѣ международную охрану, т.-е. охрану совокупною дѣятельностью нѣсколькихъ государствъ. Таковы, напримѣръ, вопросы частнаго и уголовнаго международнаго права, международная охрана свободы мореплаванія и судоходства по рѣкамъ, международныя мѣры противъ рабства, международная организація почтоваго и телеграфнаго дѣла, международныя мѣры противъ распространенія эпидемій, эпизоотій, филоксеры и т. п., международное обезпеченіе участи военноплѣнныхъ и раненыхъ воиновъ, и цѣлый рядъ подобныхъ

Jahre lang schon bedien'ich meiner Nase zum Riechen;
Hab ich denn wirklich an sie auch ein erweisliches Recht?

Заставляетъ отвѣчать Пуффендорфа:

Ein bedenklicher Fall! Doch die erste Possession scheint
Für dich zu sprechen, und so brauche sie immerhin fort.

вопросовъ, имѣющихъ живое практическое значеніе, именно какъ вопросы права. Всѣ эти вопросы относятся къ содержанію международнаго права, но въ общепринятой системѣ науки имъ отводятъ второстепенное, подчиненное мѣсто. Ихъ нерѣдко излагаютъ даже какъ частныя, имѣющія лишь значеніе исключенія, уступки со стороны государствъ, какъ ограниченія ихъ основныхъ. неотъемлемыхъ правъ [1]). Между тѣмъ, ихъ юридическое значеніе стоитъ внѣ всякаго спора. Вѣдь тутъ дѣло лишь въ международной охранѣ отношеній частнаго, уголовнаго и административнаго права, получающихъ международное значеніе лишь тогда, какъ для полной ихъ охраны требуется содѣйствіе двухъ или нѣсколькихъ государственныхъ властей. Почему бы не ограничить содержаніе международнаго права только этими, имѣющими дѣйствительно реальное значеніе, вопросами, освободивъ науку международнаго права отъ загромождающаго ее схоластическаго хлама?

Сомнѣнія въ возможности такого ограниченія содержанія международнаго права могутъ основываться лишь на установившемся пониманіи международнаго права какъ совокупности нормъ, опредѣляющихъ права и обязанности государствъ. Между тѣмъ, большинство вопросовъ международнаго права, имѣющихъ дѣйствительно жизненное значеніе, касаются не правъ самихъ государствъ, а правъ отдѣльныхъ лицъ, какъ напримѣръ, право литературной собственности, право военно-плѣнныхъ и т. д.

Сомнѣнія эти едва ли могутъ быть признаны основательными. Не содержаніе науки должно быть соображаемо съ разъ установившимся ея опредѣленіемъ, а, наоборотъ, опредѣленіе должно соотвѣтствовать содержанію науки. Поэтому въ разрѣшеніи поставленнаго нами вопроса нельзя за мѣру принимать принятаго опредѣленія. Вопросъ не въ томъ, будетъ ли обновленное содержаніе международнаго права соотвѣтствовать старому опредѣленію, а въ томъ, представитъ ли оно достаточно единства, однородности и юридическаго значенія, чтобы послужить содержаніемъ отдѣльной, самостоятельной и при томъ юридической науки. Если же старое опредѣленіе окажется непригоднымъ, можно замѣнить его новымъ.

Убѣжденіе въ возможности подчинить взаимныя отношенія самихъ государствъ юридическимъ нормамъ, свести вопросы объ ихъ существованіи, развитіи ихъ могущества, объ ихъ взаимной борьбѣ къ началамъ права основано, какъ мнѣ кажется, на крупномъ недоразумѣніи. Государство, какъ историческій фактъ, выражаетъ собою, безъ сомнѣнія, совокупность опредѣленныхъ и при томъ весьма существенныхъ интересовъ. Но эти великіе, вѣковые интересы, національные, религіозные,

[1]) Такое мѣсто отводитъ этимъ вопросамъ, напримѣръ, Бульмеринкъ.

экономическіе, нравственные регулируются и разграничиваются не юридическими нормами, а тѣми же силами, какими создается исторія человѣчества. Возможно-ли, въ самомъ дѣлѣ, хотя бы подумать о томъ, чтобы регулировать юридическими принципами, свести къ юридическому отношенію, напр., послѣдовательную смѣну культуры восточной, грекоримской, христіанской, или борьбу римской расы съ германской, католицизма съ протестантизмомъ, славянства съ западомъ? Всякая попытка примѣнить къ подобнымъ историческимъ вопросамъ начала права по необходимости должна кончиться жалкимъ фіаско, потому что право ни къ какому другому рѣшенію привести тутъ не можетъ, какъ только къ безусловному сохраненію навсегда, случайнаго для даннаго историческаго момента, status quo и, слѣдовательно, къ полному отрицанію какого-либо дальнѣйшаго историческаго развитія. Но историческая жизнь человѣчества не терпитъ застоя. Стараніе установить въ ней полное равновѣсіе, и слѣдовательно, неподвижность свидѣтельствуетъ только о недостаткѣ историческаго пониманія, историческаго смысла.

Государство не только историческій фактъ, но и явленіе правовой жизни. Но какъ юридическое явленіе, какъ институтъ права, государство своихъ особыхъ, самостоятельныхъ интересовъ не имѣетъ. Какъ юридическій институтъ, оно лишь опредѣленная форма общенія людей, выражающая собою извѣстный способъ разграниченіи ихъ разнообразныхъ общихъ и частныхъ интересовъ. Но форма сама по себѣ не можетъ имѣть правъ и обязанностей въ отношеніи къ другой подобной же формѣ; форма разграниченія людскихъ интересовъ не имѣетъ своихъ самостоятельныхъ интересовъ. Признаніе государства юридической личностью и присвоеніе ему тѣхъ или другихъ правъ есть только особый пріемъ юридической конструкціи, реальное значеніе которой сводится все-таки къ разграниченію сталкивающихся интересовъ людей, составляющихъ государство. Мы можемъ ради удобства и простоты юридическаго анализа разсматривать тѣ или другіе коллективные интересы какъ интересы государства, но на дѣлѣ они всегда останутся интересами отдѣльныхъ личностей. Реальнымъ субъектомъ интересовъ, а слѣдовательно, и правъ можетъ быть только человѣкъ. Еще римскіе юристы говорили: omne jus hominum causa constitutum est.

Права и правообязанности, которыя думаютъ присвоить государствамъ какъ самостоятельнымъ дѣятелямъ на исторической аренѣ, не могутъ никогда имѣть реальнаго значенія, потому что они по необходимости лишены всякой опоры, всякаго обезпеченія ихъ дѣйствительнаго соблюденія. Я не считаю вовсе принужденія необходимою и существенною принадлежностью права. Право можетъ имѣть силу и не опираясь на принужденіе. Но въ такомъ случаѣ оно опирается на силу человѣческаго сознанія. Воображаемыя же права государствъ не могутъ найти

себѣ ни той, ни другой опоры. Надъ государствами, какъ самостоятельными политическими союзами, не можетъ быть власти, которая бы по праву принуждала ихъ къ соблюденію правъ, къ исполненію обязанностей. У государствъ нѣтъ и личнаго сознанія, нѣтъ совѣсти; къ нимъ непримѣняемо поэтому понятіе нравственнаго долга. Отожествлять же въ данномъ случаѣ правителей съ сознаніемъ самого государства невозможно. Прежде всего, и самое идеальное государственное устройство не можетъ обезпечить полнаго сліянія личныхъ интересовъ правителей съ интересами государства. Да кромѣ того, нельзя же цѣлое государство дѣлать отвѣтственнымъ за всегда возможныя личныя ошибки правителей. Если человѣкъ лично считаетъ своимъ безусловнымъ долгомъ неуклонно выполнять всѣ хотя бы и опрометчиво принятыя имъ на себя обязательства, это свидѣтельствуетъ о высокомъ развитіи въ немъ чувства права. Но если правитель государства заставляетъ своихъ подданныхъ расплачиваться за опрометчиво заключенные имъ договоры, то едва ли кто рѣшится признать это высшимъ выраженіемъ справедливости. Это можетъ быть слишкомъ гибельно для народа и слишкомъ дешево стоитъ лично самому правителю. Реальные интересы народной жизни въ концѣ-концовъ всегда возобладаютъ, какъ бы они ни противорѣчили постановленіямъ международныхъ трактатовъ.

Подчинить взаимныя отношенія государствъ, подобно людскимъ отношеніямъ, началамъ права невозможно по самому существу этихъ отношеній. Каждый опредѣленный юридическій порядокъ разсчитанъ на данное положеніе вещей, на данное соотношеніе интересовъ. Разъ порождаются на смѣну старымъ новые интересы, разъ измѣняется взаимное соотношеніе интересовъ, и старый юридическій порядокъ долженъ по необходимости уступить мѣсто новому. Но въ людскихъ отношеніяхъ эту смѣну одного юридическаго порядка другимъ, однихъ принциповъ права другими можно до извѣстной степени согласить съ требованіемъ безусловнаго уваженія существующихъ правъ. Въ сферѣ людскихъ отношеній и права по большей части связаны съ отдѣльными личностями. А люди смертны и періодъ ихъ жизни очень незначителенъ. Поэтому въ какомъ бы противорѣчіи съ какими условіями жизни ни оказывались унаслѣдованныя отъ былаго времени права, съ ними можно мириться, такъ какъ существованіе ихъ не безконечно, ихъ бытіе положенъ вмѣстѣ съ жизнью ихъ субъектовъ весьма недолгій срокъ. Чередованіе людскихъ поколѣній, обусловливающее собою и уничтоженіе своимъ чередомъ устарѣлыхъ правъ, открываетъ возможность въ общемъ и цѣломъ мирнаго развитія правовой жизни. Для тѣхъ же правъ, которыя не связаны съ жизнью отдѣльныхъ личностей и не исчезаютъ вмѣстѣ съ ними, имѣется готовый противовѣсъ въ самой государственной власти, всегда могущей уничтожить устарѣлыя, несогласимыя

съ новыми условіями жизни права путемъ принудительнаго выкупа. Въ совершенно иныя условія поставлены взаимныя отношенія государствъ. Государства не имѣютъ опредѣленной нормы продолжительности ихъ существованія. Они не знаютъ естественной смерти, да и насильственной смертью они не могли бы погибнуть, если бы международныя отношенія строго подчинялись началамъ права. Вѣдь нѣтъ того государства, которое бы не заключало съ другими договоровъ о вѣчномъ мирѣ и дружбѣ. Точно также нѣтъ надъ государствами и власти, которая бы могла осуществить принудительный выкупъ стѣснительныхъ международныхъ правъ, являющихся наслѣдіемъ далекаго прошлаго и представляющихся въ настоящемъ ни съ чѣмъ несообразнымъ анахронизмомъ.

Когда вѣрили въ существованіе извѣстныхъ началъ естественнаго права, еще можно было думать о подчиненіи имъ и взаимныхъ отношеній государствъ. Но съ установленіемъ историческаго пониманія права неосуществимость подобнаго подчиненія становится очевидной. Право, истекающее изъ человѣческаго сознанія, вырабатываемое людьми, разграничивающее людскіе интересы, опирающееся въ своемъ дѣйствіи на человѣческое сознаніе, только и примѣнимо къ скоро преходящимъ людскимъ интересамъ. Въ этихъ условіяхъ самое строгое соблюденіе права вполнѣ согласимо съ прогрессивнымъ развитіемъ исторической жизни. Примѣненное же къ вѣковымъ отношеніямъ государствъ, право по необходимости превращается въ безусловное отрицаніе всякаго прогрессивнаго развитія.

Итакъ, пониманіе международнаго права, какъ совокупности нормъ, опредѣляющихъ права и обязанности государствъ, противорѣчитъ самому существу тѣхъ отношеній, какія возникаютъ между государствами и составляютъ содержаніе политической исторіи. Подчиненіе взаимныхъ отношеній государствъ началамъ права не только не существуетъ въ дѣйствительности, но не можетъ быть признано и идеаломъ международныхъ отношеній.

Но этого мало. Несостоятельность общепринятаго опредѣленія международнаго права подтверждается еще и тѣмъ, что, основываясь на немъ, невозможно дать международному праву сколько-нибудь послѣдовательно выработанную конструкцію.

Каждое право есть непремѣнно *чье-нибудь* право и вмѣстѣ съ тѣмъ право *на что-нибудь* и потому не можетъ обойтись ни безъ субъекта, ни безъ объекта, и юридическая конструкція каждаго права, по необходимости, опирается на выясненіе этихъ двухъ существенныхъ элементовъ права. Между тѣмъ, при опредѣленіи международнаго права, какъ ученія объ особыхъ международныхъ правахъ, являются непреодолимыя затрудненія и въ опредѣленіи субъекта и объекта этихъ международныхъ правъ. По вопросу о субъектѣ существуютъ два воззрѣнія. Одни,

напр., Оппенгеймъ, признаютъ субъектами международнаго права какъ государства, такъ и частныхъ лицъ. Но такой взглядъ находится въ прямомъ противорѣчіи съ пониманіемъ международнаго права, какъ совокупности правъ государствъ въ отношеніи другъ къ другу. Невозможно понять, какимъ образомъ субъектомъ международнаго права, такъ понимаемаго, могутъ быть частныя лица? Другіе, болѣе послѣдовательные, признаютъ единственнымъ субъектомъ международнаго права—государство. Но тутъ является другое затрудненіе: многіе институты международнаго права оказывается рѣшительно невозможнымъ конструировать такъ, чтобы субъектомъ ихъ оказались независимыя государства. Таково, напр., все такъ-называемое частное международное право. Профессоръ Мартенсъ думаетъ избѣгнуть этого неудобства, признавая субъектами международнаго права только государства; «субъектами права въ международныхъ отношеніяхъ» — государей и, наконецъ, «субъектами правъ въ области международныхъ сообщеній»—частныхъ лицъ, но при этомъ, къ сожалѣнію, онъ не потрудился выяснить техническое различіе выставленныхъ имъ терминовъ, и потому выставляемое имъ различіе представляетъ совершенно напрасное насиліе надъ русскимъ языкомъ, отнюдь недопускающимъ назвать, напр., охрану правъ иностранцевъ «международнымъ сообщеніемъ».

Опредѣленіе объекта представляетъ еще большія трудности и, конечно, по этой именно причинѣ вопросъ объ объектѣ большинствомъ излагателей международнаго права обходится полнымъ молчаніемъ [1]). Можно подумать, что международное право—право безъобъектное. Но такого безъобъектнаго права, т.-е., права ни на что, не допуститъ, конечно, ни одинъ мало-мальски мыслящій юристъ. Право ни на что и есть ничто. Тѣ немногіе писатели, которые останавливаются на вопросѣ объ объектѣ международнаго права, признаютъ таковымъ территорію [2]). Но не трудно доказать, что множество, если не большинство международныхъ отношеній рѣшительно не допускаютъ такой конструкціи, чтобы объектомъ ихъ оказалась территорія. Возьмите, напримѣръ, право судоходства и рыбной ловли въ открытомъ морѣ или право морской военной добычи. Эти права рѣшительно никакого отношенія къ территоріи государства не имѣютъ и потому никакъ не могутъ быть конструируемы, какъ права на территорію.

Всѣ эти затрудненія отпадаютъ сами собой, если отбросить установившееся пониманіе международнаго права, какъ совокупности правъ и

---

[1]) Martens и Philimore, вслѣдъ за ученіемъ о субъектѣ даютъ ученіе объ объектѣ, но подъ объектомъ они разумѣютъ самыя международныя отношенія, слѣдовательно, объектъ *науки* международнаго права, а не самого международнаго права.

[2]) Напр. Кальтенборнъ и Бульмеринкъ.

обязанностей государствъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, а видѣть въ международномъ правѣ лишь совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ международную охрану права.

Международнымъ называется вообще все то, что относится не къ одному отдѣльному государству, а ко многимъ совмѣстно. Такъ мы говоримъ о международной торговлѣ, международныхъ конгрессахъ, международныхъ выставкахъ.

Поэтому и международнымъ правомъ можно назвать только изученіе правъ въ ихъ отношеніи не къ одному какому-нибудь государству, а ко многимъ совмѣстно.

Другія же юридическія науки, разсматривающія отдѣльныя отрасли права, напротивъ, вовсе не принимаютъ въ соображеніе факта одновременнаго существованія многихъ государствъ. Ихъ конструкціи предполагаютъ одно опредѣленное законодательство, одну судебную власть. Государственное, гражданское, уголовное право не даютъ анализа того, какъ отзывается, на публичныхъ и частныхъ правахъ или на осуществленіи карательной власти государства, совмѣстное существованіе многихъ государствъ. Они едва касаются этого вопроса при опредѣленіи пространства дѣйствія закона по мѣсту, но затѣмъ уже исключительно имѣютъ дѣло съ тѣми, сравнительно простѣйшими, случаями, когда изучаемыя ими права всѣми своими элементами и всѣми фазисами своего существованія подпадаютъ дѣйствію одной и той же государственной власти. Между тѣмъ существованіе многихъ государствъ, находящихся другъ съ другомъ въ общеніи, приводитъ къ тому, что нерѣдко одно и то же юридическое отношеніе различными своими элементами (субъектомъ и объектомъ) и въ различныхъ стадіяхъ своего существованія (установленіе, осуществленіе, прекращеніе) подпадаютъ дѣйствію различныхъ государственныхъ властей. Въ такомъ случаѣ, для полной охраны отношенія, необходимо совмѣстное дѣйствіе двухъ или нѣсколькихъ государствъ.

Само собой разумѣется, это осложняетъ дѣло. Тутъ приходится принимать во вниманіе воздѣйствіе не одной, а нѣсколькихъ властей и кромѣ того взаимное соотношеніе этихъ властей. Но самая природа отношеній отъ этого не мѣняется. Владѣетъ ли лицо по праву собственности имѣніемъ въ той же странѣ, гдѣ само находится, или въ чужомъ государствѣ, право собственности отъ этого не мѣняетъ своей природы. Убійство, совершенное за границей не перестаетъ быть убійствомъ, но охрана права собственности или преслѣдованіе убійцы въ такихъ случаяхъ зависитъ отъ большаго числа условій и потому осложняется.

Осложненія, вытекающія изъ факта подпаданія юридическихъ отношеній дѣйствію различныхъ государственныхъ властей, въ силу общности своего основанія, представляютъ извѣстную однородность и по-

тому удобно могутъ составить предметъ особой науки и притомъ науки юридической, такъ какъ это осложненія *юридическихъ* отношеній. Такая наука уже существуетъ—это международное право.

Мы, можемъ такимъ образомъ опредѣлить *науку международнаго права* какъ *ученіе объ осложненной формѣ охраны юридическихъ отношеній совмѣстной дѣятельностью нѣсколькихъ государственныхъ властей.* Такъ какъ совмѣстная дѣятельность государствъ называется *международной*, то можно короче опредѣлить науку международнаго права, какъ *ученіе о международной охранѣ права.*

Охрана юридическаго отношенія совмѣстной дѣятельностью нѣсколькихъ государственныхъ властей не можетъ измѣнить юридической природы отношенія. Наука международнаго права имѣетъ поэтому дѣло съ тѣми же юридическими отношеніями, что и другія юридическія науки, но только въ осложненномъ видѣ. Нѣтъ особой группы отношеній, которыя бы охранялись непремѣнно и всегда только совмѣстной дѣятельностью государствъ. Потому нельзя говорить о международномъ правѣ, какъ о совокупности особыхъ правъ въ субъективномъ смыслѣ. Международное право не есть особая отрасль матеріальнаго права. Существуетъ только особая международная охрана правъ, охраняемыхъ и въ отдѣльныхъ государствахъ мѣстною властью. Но такъ какъ международная охрана совершается по опредѣленнымъ вырабатываемымъ исторіей правиламъ или нормамъ, то можно признать существованіе особой отрасли формальнаго права, права международнаго, понимаемаго какъ совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ международную охрану правъ.

Международная охрана права есть охрана, осуществляемая совмѣстною дѣятельностью двухъ или нѣсколькихъ государственныхъ властей. Внутри отдѣльныхъ государствъ дѣйствуетъ всегда единая власть, хотя и проявляющаяся въ цѣлой системѣ различныхъ учрежденій. Всѣ учрежденія отдѣльнаго государства, законодательныя, судебныя, правительственныя, суть органы одной верховной власти: всѣ они и подчиняются ей. Международная же охрана предполагаетъ совмѣстную дѣятельность различныхъ гусударственныхъ властей, одинаково верховныхъ, и потому независимыхъ другъ отъ друга и незнающихъ надъ собой общей высшей власти,

Въ отдѣльномъ государствѣ рѣшающая власть принадлежитъ единой верховной власти. Охрана права въ государствѣ совершается только отъ ея имени согласно ея велѣніямъ. Если между отдѣльными учрежденіями происходятъ столкновенія или пререканія, онѣ устраняются рѣшеніемъ верховной власти. Поэтому внутри государства сила примѣняется правоохраняющею властью только по отношенію къ отдѣльнымъ личностямъ, отказывающимъ въ добровольномъ повиновеніи. Во взаимныхъ же столк-

новеніяхъ самихъ правоохраняющихъ органовъ, къ силѣ прибѣгать не приходится, такъ какъ имѣется мирный и юридически опредѣленный способъ для разрѣшенія такихъ столкновеній.

Въ международной же охранѣ, при независимости и верховности отдѣльныхъ государствъ, совмѣстная дѣятельность которыхъ необходима для международной охраны правъ, несогласіе между ними не можетъ быть устраняемо воздѣйствіемъ высшей власти по той простой причинѣ, что такой власти надъ государствами не существуетъ. Международныя столкновенія могутъ имѣть два исхода. Они могутъ разрѣшаться или *соглашеніемъ* сторонъ или путемъ *силы*, въ формѣ репрессалій и войны. Такъ какъ соглашеніе во многихъ случаяхъ оказывается недостижимымъ, то послѣднимъ, необходимымъ средствомъ является насиліе одного государства надъ другимъ. Такимъ образомъ въ международной охранѣ сила примѣняется по необходимости и во взаимныхъ отношеніяхъ самихъ правоохраняющихъ властей, а не только въ отношеніи къ отдѣльнымъ личностямъ. Въ этомъ и заключается основное различіе внутренно-государственной и международной охраны.

Допустимость примѣненія силы въ международной охранѣ и между самими правоохраняющими властями не лишаетъ эту охрану юридическаго характера.

Юридическій характеръ международной охраны выражается, во-первыхъ, въ томъ, что и въ международныхъ отношеніяхъ, какъ и внутри государства, дозволеннымъ считается не всякое примѣненіе силы, а *только публичное*, т.-е., совершенное государственною властью чрезъ посредство ея органовъ, или хотя бы и частными лицами, но по уполномочію государственной власти (каперы). Частное же насиліе, совершаемое отдѣльными личностями по своей личной иниціативѣ и за свой страхъ, и въ международныхъ отношеніяхъ считается безусловно недозволеннымъ. Поэтому, напр., пиратство признается преступленіемъ противъ международнаго права.

Только *публичное* примѣненіе силы въ международной сферѣ, какъ дозволенное, обсуждается по началу международнаго права; частное же насиліе, какъ запрещенное, и тутъ подпадаетъ дѣйствію уголовнаго права.

Во-вторыхъ, государства и въ ихъ дѣятельности, направленной къ совмѣстному охраненію права, руководствуются тѣми или другими юридическими нормами, выражающимися въ международномъ обычаѣ, международныхъ трактатахъ, судебной практикѣ и законодательствѣ отдѣльныхъ государствъ, нерѣдко затрогивающемъ вопросы международнаго права. Въ частности и самое примѣненіе силы регулируются извѣстными юридическими началами. И со стороны государства не всякая форма насилія считается дозволенной Не допускается, напр., избіеніе плѣн-

ныхъ, употребленіе разрывныхъ снарядовъ, вѣсомъ менѣе 400 грам., захватъ частной собственности въ сухопутной войнѣ и т. д.

Такимъ образомъ, хотя въ международной охранѣ правъ насиліе примѣняется не только въ отношеніи къ правонарушителямъ (какъ внутри государства), но и между самими правоохранителями, охрана эта все-таки опредѣляется юридическими нормами.

Дѣйствительное соблюденіе государствами юридическихъ нормъ при осуществленіи ими международной охраны не имѣетъ юридическихъ гарантій. Но и это не есть особенность только международныхъ отношеній. И во внутренней жизни государства соблюденіе верховною властью юридическихъ нормъ не обезпечивается никакими юридическими средствами. Соблюденіе права верховною властью какъ во внутренней ея дѣятельности, такъ и въ международной, есть вообще не юридическій принципъ, юридически обезпеченный, а историческій фактъ, объясняемый условіями общественной жизни. Государственная власть проявляется не иначе, какъ въ учрежденіяхъ, состоящихъ изъ людей. Эти люди, будучи членами того общества, среди котораго живутъ и дѣйствуютъ, раздѣляютъ съ нимъ извѣстное правосознаніе, извѣстные взгляды на правое и неправое, и дѣйствуя отъ имени власти, какъ ея представители, они не могутъ, конечно, отрѣшиться отъ усвоенныхъ ими съ дѣтства, вошедшихъ въ ихъ плоть и кровь чувствъ и убѣжденій. Точно также и окружающая ихъ общественная среда каждый актъ государственной власти встрѣчаетъ той или другой оцѣнкой, одобряетъ какъ справедливый, или осуждаетъ какъ несправедливый. А въ международныхъ отношеніяхъ тутъ приходится имѣть дѣло съ общественнымъ мнѣніемъ всего цивилизованнаго міра. Уже это дѣлаетъ для государственной власти фактически необходимымъ считаться съ требованіями права. А къ этому присоединяется еще прямой интересъ по возможности избѣгать столкновеній съ другими государствами и для этого установить съ ними опредѣленный modus vivendi, лучше всего обезпечиваемый именно строгой правомѣрностью.

Тѣмъ не менѣе необходимость для международной охраны взаимодѣйствія нѣсколькихъ независимыхъ государственныхъ властей и возможность несогласій между ними, разрѣшаемыхъ въ концѣ-концовъ силой, дѣлаетъ охраненіе права въ международныхъ отношеніяхъ далеко не такъ обезпеченнымъ, опредѣленнымъ и неуклоннымъ, какъ внутри государства. Международная охрана права менѣе надежна именно потому, что зависитъ отъ большаго числа условій.

Если понимать международное право какъ ученіе о международной охранѣ правъ, то юридическая конструкція международнаго права дается само собой. Международная охрана есть охрана, осуществляемая совмѣстною дѣятельностью нѣсколькихъ независимыхъ государствъ. Отсюда

ясно само собою, что субъекты международной охраны суть, конечно, всегда и исключительно государства, каково бы ни было само охраняемое право и его субъектъ. Такъ же просто рѣшается и вопросъ объ объектѣ международной охраны права. Объектомъ ея не можетъ быть ничто иное, какъ право, или вообще, юридическій порядокъ.

Понимая международное право какъ ученіе о международной охранѣ правъ, придется, конечно, измѣнить и всю его систему. Хотя, надо сказать правду, и по вопросу о системѣ международнаго права до сихъ поръ также нѣтъ согласія. Самая старая система, еще и до сихъ поръ находящая себѣ сторонниковъ, есть раздѣленіе всего международнаго права на право мира и право войны. Въ пользу такой системы можно сослаться на то, что различіе войны и мира дѣйствительно имѣетъ важное значеніе для всего международнаго права, сказываясь довольно характерно на всѣхъ его институтахъ. Тѣмъ не менѣе такая система неудобна, такъ какъ многіе вопросы международнаго права не относятся въ частности ни къ праву мира, ни къ праву войны, а имѣютъ общее значеніе. Весьма распространено также примѣненіе къ международному праву системы институцій, основанной на различіи трехъ элементовъ всякаго права: res, persona, actio. Но именно потому, что это элементы всякаго права, такая система неудобна для изложенія различныхъ частныхъ отношеній какого бы то ни было права, въ частности, и права международнаго. Въ основу системы должно быть полагаемо не различіе элементовъ (membra), а различіе отдѣльныхъ видовъ (species). Бульмеринкъ предложилъ подраздѣлить все право международное, по примѣру уголовнаго и гражданскаго, на матеріальное и формальное. Но если понимать международное право какъ ученіе о международной охранѣ, оно все цѣликомъ является правомъ формальнымъ. Относить же, какъ это именно дѣлаетъ Бульмеринкъ, къ формальному международному праву право войны вообще едва ли возможно. Война не можетъ быть разсматриваема какъ судебный процессъ уже потому, что введеніе ея опредѣляется не юридическими нормами, а правилами военнаго искусства. Профессоръ Мартенсъ выдѣляетъ особо въ своемъ изложеніи международнаго права общую часть. Это нововведеніе должно быть признано весьма удачнымъ по мысли. Противоположеніе общей и особенной части, установившееся уже давно въ гражданскомъ и уголовномъ правѣ, не обусловлено вовсе особенной природой этихъ именно отраслей права. Оно приложимо ко всѣмъ наукамъ, такъ какъ покоится на общемъ фактѣ существованія болѣе или менѣе широкихъ научныхъ обобщеній, приложимыхъ или ко всей группѣ изучаемыхъ данной наукой явленій, или только къ частнымъ ея подраздѣленіямъ.

Выдѣленіе общей части дастъ изложенію большую послѣдовательность и наглядность и значительно экономизируетъ время, избавляя отъ не-

избѣжныхъ иначе повтореній. Такимъ образомъ самая мысль о выдѣленіи и международномъ правѣ общей части заслуживаетъ полнаго признанія. Нельзя того же сказать о томъ, какъ эта мысль осуществлена въ книгѣ проф. Мартенса. Общей части онъ противополагаетъ не особенную часть, какъ это всѣми и всегда дѣлается, а ученіе о международномъ управленіи. Но вѣдь что-нибудь одно: или международное управленіе объемлетъ всѣ отдѣльныя отношенія международнаго права (авторъ относитъ къ нему даже право войны) и тогда это совершенно излишній терминъ, могущій лишь дать поводъ къ недоразумѣніямъ, или международное управленіе есть только одна часть международнаго права, а тогда ученіе о немъ не можетъ быть противупоставляемо общей части, а должно быть подраздѣленіемъ особенной части.

Въ дѣйствительности распредѣленіе содержанія между первой и второй частью криги проф. Мартенса основано вовсе не на различіи общаго и частнаго. Первая часть объемлетъ собою почти все международное право, какъ его понимали въ старину, со всѣми схоластическими разсужденіями объ основныхъ правахъ государства. Вторая часть, напротивъ, содержитъ изложеніе дѣйствительныхъ жизненныхъ вопросовъ международной жизни, все болѣе и болѣе замѣняющихъ собою устарѣлую схоластику.

Содержаніе этихъ двухъ частей такъ разнородно, что выдѣлить изъ нихъ что либо общее было невозможно. Сохраняя какъ основаніе всей системы международнаго права ученіе о пресловутыхъ естественныхъ правахъ государствъ, уже нельзя было выработать дѣйствительно общихъ ученій. Схоластическія разсужденія объ основныхъ правахъ государства и изложеніе практическихъ вопросовъ дѣйствительной международной жизни не могутъ быть сведены къ одному общему основанію.

Совершенно иначе ставится дѣло при пониманіи международнаго права какъ ученія о международной охранѣ правъ. Съ какими бы разнообразными правами ни имѣла дѣла международная охрана, она всегда представляетъ нѣкоторыя постоянныя свойства, анализъ которыхъ и долженъ составить содержаніе общей части. Въ особенной же части придется разсмотрѣть примѣненіе международной охраны къ различнымъ категоріямъ права.

Въ общемъ ученіи о международной охранѣ необходимо прежде всего выяснить особую природу международной охраны правъ, ея отличія отъ охраны правъ дѣятельностью отдѣльныхъ государствъ, ея главныя формы. Затѣмъ слѣдуетъ остановиться на ученіи о субъектахъ международной охраны—государствахъ и объ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Тутъ придется говорить между прочимъ и о возникновеніи, о признаніи, о гибели государствъ, но только какъ о фактахъ, совершенно также какъ и цивилистъ говоритъ о рожденіи и смерти людей, не допуская и мысли о томъ,

чтобы существовало право родиться или обязанность умирать. Вслѣдъ за ученіемъ о субъектахъ международной охраны должно быть поставлено ученіе объ ея объектахъ—правахъ, пользующихся международной охраной. Совмѣстная дѣятельность государствъ, направленная къ охранѣ правъ не можетъ обойтись безъ особыхъ органовъ, нарочито къ тому приспособленныхъ. Отсюда въ общей части необходило остановиться на ученіи объ органахъ международной охраны, каковыми являются правители государствъ, дипломатическіе агенты, консулы, конгрессы, конференціи. Дѣятельность государствъ, имѣющая своей задачей международную охрану правъ, совершается по опредѣленнымъ общимъ нормамъ, установляемомъ международнымъ обычаямъ и международными соглашеніями: это даетъ содержаніе ученію о нормахъ международнаго права. И наконецъ, эти нормы международнаго права, какъ и всѣ юридическія нормы могутъ быть нарушаемы и потому нуждаются въ особыхъ средствахъ охраны. Такимъ образомъ содержаніе общей части международнаго права само собой сводится къ шести главнымъ отдѣламъ: 1) выясненіе особой природы международной охраны; 2) ученіе объ ея субъектахъ; 3) ученіе объ объектахъ; 4) ученіе объ органахъ международной охраны; 5) ученіе о нормахъ, и 6) ученіе о средствахъ охраны нормъ международнаго права.

Въ особенной части сообразно основному различію охраняемыхъ правъ можно различить три главныхъ отдѣла. Необходимость международной охраны для однихъ правъ является дѣломъ случайнымъ, для другихъ необходимымъ послѣдствіемъ развитія международнаго общенія. Такъ права гражданскія и право карательное по общему правилу вполнѣ могутъ быть осуществлены при содѣйствіи одной только національной власти и только случайно, въ силу того, что субъектъ гражданскаго права или субъектъ преступленія окажется иностранцемъ, или живущимъ въ другомъ государствѣ, можетъ явиться надобность въ содѣйствія иностранной власти. Ученіе о международной охранѣ такихъ правъ составитъ содержаніе перваго отдѣла особенной части который можно назвать «право иностранцевъ».

Другая группа правъ съ развитіемъ международнаго общенія по самому своему существу, а не по случайнымъ причинамъ, для полнаго своего осуществленія требуетъ совмѣстной дѣятельности нѣсколькихъ государствъ или потому, что объектъ ихъ находится въ общемъ пользованіи всѣхъ народовъ (открытое море, международныя рѣки) или потому, что интересъ, лежащій въ основѣ права, не можетъ быть пріуроченъ къ территоріи отдѣльнаго государства (борьба противъ эпидемій, организація почтоваго дѣла, охрана литературной собственности). Потребность въ международной охранѣ такихъ правъ зависитъ отъ одного только условія: наличности общенія между данными государствами. По-

этому ученіе о нихъ, составляющее содержаніе второго отдѣла особенной части, можно назвать «правомъ международнаго общенія».

Но этими двумя отдѣлами еще не можетъ быть исчерпано все содержаніе особенной части. Государства, совмѣстная дѣятельность которыхъ необходима для охраны тѣхъ или другихъ правъ, могутъ находиться другъ съ другомъ или въ мирныхъ отношеніяхъ, или въ состояніи войны. А состояніе войны такъ существенно измѣняетъ рамки и общій характеръ международной охраны правъ, что разсмотрѣніе этихъ измѣненій необходимо выдѣлить въ особый, третій отдѣлъ особенной части—«право войны».

И такъ, стоитъ стряхнуть съ науки международнаго права покрывающую ее архаическую пыль, и она станетъ способной выдержать какую угодно критику. Очистите ее отъ баласта устарѣлыхъ принциповъ, пріемовъ, ученій, дайте ей вооруженіе изъ арсенала современной науки, замѣните праздные схоластическіе вопросы вопросами, имѣющими дѣйствительное, живое, а потому и научное, значеніе, и международное право, поставленное на реальную почву, займетъ и отстоитъ за собою мѣсто на ряду со всѣми другими отраслями права.

Но въ мірѣ нѣтъ дѣйствія безъ причины. Долженъ имѣть причину и архаическій характеръ современной науки международнаго права, и мы первые рѣшительно отвергаемъ возможность найти этому объясненіе въ личныхъ свойствахъ представителей науки. Такое объясненіе вообще можетъ удовлетворить только поверхностные умы. Если опредѣленная отрасль научныхъ изслѣдованій въ теченіе долгаго времени привлекаетъ къ себѣ лишь посредственныя научныя силы, это не можетъ не имѣть причины въ самыхъ свойствахъ данной науки, въ ней самой должно быть нѣчто, отталкивающее лучшія силы, отстраняющее болѣе сильные умы.

Но въ отношеніи къ международному праву такое объясненіе не только недостаточно, но и вовсе къ нему не примѣнимо. Международному праву посвятили свои силы многіе выдающіеся представители науки права. Въ личныхъ свойствахъ изслѣдователей не можетъ потому заключаться даже и отчасти причина своеобразнаго облика, удерживаемаго наукой международнаго права.

При такомъ положеніи дѣла легко можетъ явиться сомнѣніе: эта своеобразность международнаго права, рѣзко отличающая его отъ другихъ юридическихъ наукъ, не составляетъ ли существенной его принадлежности, не коренится ли въ самой сущности науки? Устраняя ее, не шатаемъ ли науку международнаго права въ самыхъ ея основаніяхъ, не лишаемъ ли ее самостоятельности, превращая въ жалкій осколокъ съ другихъ отраслей правовѣдѣнія, лишенный всякаго права на отдѣльное существованіе? Противъ такого предположенія говоритъ прежде всего то простое со-

ображеніе, что общія основы правовѣдѣнія вообще не могутъ не примѣняться и къ каждой изъ спеціальныхъ юридическихъ наукъ, а слѣдовательно, въ частности, и къ международному праву. Да въ подобномъ объясненіи и нѣтъ надобности, такъ какъ всѣ особенности науки международнаго права въ современномъ ея развитіи находятъ себѣ прямое объясненіе въ особенностяхъ ея историческаго развитія.

Исторія науки международнаго права, сравнительно съ ходомъ историческаго развитія правовѣдѣнія вообще, представляетъ двѣ особенности, наложившія своеобразную печать на весь складъ международнаго права.

Первая изъ этихъ особенностей—возникновеніе науки международнаго права одновременно, мало того—совмѣстно съ теоріей естественнаго права. Гуго Гроцій, какъ извѣстно, является основателемъ и науки международнаго права и теоріи естественнаго права. И международное, и естественное право ведутъ счетъ своимъ годамъ со времени появленія трактата Гроція «О правѣ войны и мира». Это два близнеца и какъ всѣ близнецы очень схожи другъ съ другомъ. Поэтому вліяніе теоріи естественнаго права въ международномъ правѣ сказалось сильнѣе, чѣмъ въ другихъ отрасляхъ правовѣдѣнія; слѣдъ этой теоріи въ немъ глубже, прочнѣе. Мало того, совмѣстное возникновеніе теоріи естественнаго права и науки международнаго права привело къ тому, что философія международнаго права явилась раньше положительнаго его изученія. Философская система не явилась плодомъ обобщеній, плодомъ изученія положительнаго матеріала; она уже была готова, когда только началось изученіе и обработка положительнаго матеріала. Поэтому первенство принадлежитъ философскому элементу, поэтому теорія международнаго права, лишенная твердой положительной почвы, получила субъективный и даже произвольный характеръ.

Къ этому присоединилось еще и то обстоятельство, что въ ученіи объ естественномъ правѣ Гуго Гроція и всѣхъ его послѣдователей въ XVII вѣкѣ право безразлично смѣшивалось съ моралью. Отсюда отсутствіе въ сочиненіяхъ по международному праву строго юридическаго характера и постоянное смѣшеніе юридическихъ положеній съ нравственными сентенціями.

Вторая особенность, только усилившая вліяніе первой, это то, что международнаго права вовсе не коснулось вліяніе исторической школы, такъ благотворно сказавшееся во всѣхъ другихъ отрасляхъ правовѣдѣнія. Историческая школа, явившаяся реакціей противъ школы естественнаго права, не могла не отнестись отрицательно и къ тѣсно связанному съ теоріей естественнаго права, праву международному, признаваемому большинствомъ изслѣдователей ничѣмъ инымъ, какъ тѣмъ же естественнымъ правомъ только въ приложеніи къ взаимнымъ отношеніямъ не

индивидовъ, а народовъ. Но была и другая причина, почему работы исторической школы не коснулись международнаго права. Историческая школа исходила, какъ извѣстно, изъ ученія о національномъ характерѣ права. Въ правѣ она видѣла продуктъ, и притомъ исключительный продуктъ, народной жизни; только народъ, народная жизнь творитъ по ея ученію право. Поэтому международное право, не могущее быть разсматриваемымъ, какъ исключительный продуктъ какого-нибудь одного народа, не могло найти себѣ мѣсто въ рамкахъ ученій исторической школы. Какъ право совершенно чуждое и тѣни національной исключительности, международное право осталось внѣ сферы изслѣдованій представителей исторической школы. Между тѣмъ въ исторіи правовѣдѣнія историческая школа имѣетъ чрезвычайно важное значеніе. Ея появленіе знаменуетъ собою поворотный пунктъ въ историческомъ развитіи науки права, впервые, въ лицѣ представителей этой школы, обращающейся къ научному изученію и положительнаго матеріала. Исторической школой открывается новый періодъ въ исторіи правовѣдѣнія, характеризующійся возстановленіемъ утраченнаго въ эпоху господства школы естественнаго права единства теоріи и догмы. Представители исторической школы установили кромѣ того истинно научный методъ и тѣмъ освободили правовѣдѣніе отъ загромождавшаго его баласта схоластическихъ разсужденій, въ родѣ изслѣдованія допотопнаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ, ставя на первое мѣсто историческое изученіе, она естественно пришла къ необходимости выяснить послѣдовательно ходъ развитія права, намѣтить для этого его послѣдовательныя стадіи и въ частности отдѣлить и разграничить дѣйствующее, сохраняющее еще практическое значеніе, право отъ стараго, отжившаго. Начало такому разграниченію въ отношеніи римскаго права было положено самимъ главою исторической школы— Савиньи, въ его Системѣ нынѣшняго римскаго права. Онъ представилъ въ ней римское право, какъ оно было рецепировано и дѣйствовало въ Германіи, свободнымъ отъ примѣси всего устарѣвшаго, отжившаго, потерявшаго практическое значеніе. Этой работы до сихъ поръ не сдѣлано никѣмъ для международнаго права, и самыя новыя системы международнаго права, даже именуемыя системами *современнаго права*, представляютъ по старому пеструю смѣсь дѣйствительно дѣйствующихъ, живыхъ началъ международнаго права съ совершенно устарѣлыми принципами и институтами, когда-то въ старо-давнія времена дѣйствовавшими въ международной практикѣ, уже давно забытыми въ ней и сохраняющимися только въ литературѣ, старательно хранящей всѣ завѣты прошлаго. А къ этому присоединяется еще рядъ благихъ пожеланій, свидѣтельствующихъ лишь о живости воображенія и гуманныхъ чувствахъ авторовъ, но ничего не имѣющихъ общаго съ дѣйствующимъ международнымъ правомъ.

Такимъ образомъ условіями возникновенія науки международнаго права, подъ непосредственнымъ вліяніемъ теоріи естественнаго права, и непричастностью международнаго права тому движенію, которое сказалось съ появленіемъ исторической школы, вполнѣ объясняется отсталость и своеобразный складъ этой отрасли правовѣдѣнія.

Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права.

Взаимное соотношеніе уголовныхъ законовъ различныхъ государствъ составляетъ, конечно, только часть общаго вопроса о соотношеніи разномѣстныхъ законовъ. Поэтому слѣдовало бы ожидать, что теоретическая разработка этого вопроса представитъ лишь частное примѣненіе общихъ началъ, опредѣляющихъ взаимное соотношеніе законовъ различныхъ государствъ; слѣдовало бы ожидать, что теорія международнаго уголовнаго права явится лишь частнымъ видоизмѣненіемъ тѣхъ же положеній, какія установлены въ частномъ международномъ правѣ. Постановка вопроса, его расчлененіе, основныя различія теоретическихъ воззрѣній—все это, казалось-бы, должно быть общимъ и частному и уголовному международному праву, такъ какъ они изслѣдуютъ, въ сущности, одинъ и тотъ же вопросъ, только въ примѣненіи къ различнымъ отраслямъ права.

На дѣлѣ видимъ, однако, совершенно иное. Международное уголовное право не только въ частностяхъ и подробностяхъ, но и въ цѣломъ, и во всей конструкціи своей, рѣзко отличается отъ международнаго частнаго права. Такъ, напримѣръ, реальная и универсальная теоріи, играющія въ современной литературѣ международнаго уголовнаго права такую видную роль, не находятъ себѣ никакого подобія въ теоріяхъ частнаго международнаго права.

Чѣмъ же объяснить такое различіе? Можно ли допустить существованіе такого рѣзкаго различія между гражданскими и уголовными законами, чтобы взаимное ихъ соотношеніе по мѣсту дѣйствія должно было опредѣляться совершенно различными началами? Правда, уголовные законы относятся къ публичному праву, всегда носящему на себѣ болѣе замѣтный національный отпечатокъ. Поэтому публичныя права пользуются международной охраной въ меньшей полнотѣ, чѣмъ права гражданскія. Однако же, въ международномъ частномъ правѣ разсматривается соотношеніе не однихъ только собственно гражданскихъ законовъ, но также и законовъ, регулирующихъ гражданское судопроизводство. А

гражданскій процессъ, несомнѣнно, отрасль публичнаго права и все таки для опредѣленія взаимнаго отношенія процессуальныхъ законовъ цивилисты не принимаютъ ни реальной, ни универсальной теорій криминалистовъ. Слѣдовательно, причину существующаго рѣзкаго различія въ постановкѣ вопросовъ частнаго и уголовнаго международнаго права едва ли можно видѣть въ различіи природы частнаго и публичнаго права.

Дѣйствительная причина этого заключается въ томъ, что въ теоріяхъ уголовнаго международнаго права смѣшиваются два, въ сущности совершенно различныхъ, вопроса: вопросъ объ объемѣ карательной власти государства и вопросъ о пространствѣ дѣйствія уголовнаго закона. Дѣло представляется такъ, какъ будто границы дѣйствія уголовнаго закона необходимо должны совпадать съ границами карательной власти государства. Предполагается, что преступное дѣяніе, совершонное за границей, только тогда можетъ подлежать карательной власти государства, если преступникъ во время его совершенія подчинялся дѣйствію уголовныхъ законовъ этого государства.

Такая постановка вопроса представляется совершенно непонятнымъ анахронизмомъ. Было время, когда государства признавали и охраняли только права, пріобрѣтаемыя на основаніи ихъ собственныхъ законовъ, когда за предѣлами государства юридическій порядокъ не признавался существующимъ. Это было время полнаго безправія иностранцевъ и отрицанія мирнаго международнаго общенія. Но теперь положеніе вещей измѣнилось. Международное общеніе, получивъ широкое развитіе, привело къ признанію юридическаго порядка, существующаго въ иностранныхъ государствахъ, къ признанію правоспособности и за иностранцами, къ охранѣ правъ, пріобрѣтаемыхъ на основаніи и подъ господствомъ иностранныхъ законовъ. Международное общеніе требуетъ отъ каждаго своего участника признанія и охраны правъ въ объемѣ, далеко превышающемъ границы дѣйствія его собственныхъ законовъ. Гражданскіе суды заурядъ разсматриваютъ иски, вытекающіе изъ юридическихъ отношеній, возникшихъ подъ дѣйствіемъ законовъ иноземныхъ и даже основываютъ свои рѣшенія на постановленіяхъ иностраннаго права. И конечно ни одному цивилисту не придетъ въ голову смѣшивать вопросъ о границахъ гражданской юрисдикціи съ вопросомъ о пространствѣ дѣйствія гражданскихъ законовъ. Въ частномъ международномъ правѣ эти два вопроса ставятся совершенно отдѣльно.

Между тѣмъ всѣ теоріи международнаго уголовнаго права совершенно игнорируютъ тотъ несомнѣнный историческій фактъ, что развитіе международнаго общенія привело къ расширенію охраны правъ, осуществляемой каждымъ отдѣльнымъ государствомъ, далеко за предѣлы дѣйствія его законовъ, и добиваются разрѣшенія неразрѣшимой задачи: измѣрить объемъ карательной власти государства относительно преступле-

ній, совершаемыхъ за границей, пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона.

Для нѣмецкихъ писателей еще можетъ служить оправданіемъ такого смѣшенія различныхъ вопросовъ двусмысленность нѣмецкаго выраженія Strafrecht, одинаково означающаго и уголовное право, въ смыслѣ совокупности уголовныхъ законовъ, и право наказанія или карательное право. Но нашъ русскій языкъ не даетъ повода къ такому смѣшенію.

Какой вредъ приноситъ теоретическому изслѣдованію вопроса смѣшеніе объема карательной власти съ границами дѣйствія уголовнаго закона, показываетъ уже полная безрезультатность всѣхъ существующихъ теорій международнаго уголовнаго права. Обыкновенно эти теоріи раздѣляются на четыре группы: теорія территоріальная, національная, реальная и универсальная. Но такая группировка не совсѣмъ послѣдовательна. Нельзя, во-первыхъ, территоріальной и національной теоріямъ противопоставлять теорію реальную, потому что и она сама представляетъ двѣ модификаціи: территоріальную и національную. Нельзя, во-вторыхъ, сопоставлять теоріи территоріальную, національную, реальную, такъ какъ двѣ первыя изъ нихъ представляютъ, въ сущности, лишь видоизмѣненіе одной и той же теоріи, видоизмѣненія, повторяющіяся и въ теоріи реальной. Основное различіе существующихъ теорій уголовнаго международнаго права заключается въ томъ, что одни изъ нихъ думаютъ измѣрить объемъ карательной власти государства, непосредственно пространствомъ дѣйствія его уголовныхъ законовъ, (такъ назыв. территоріальныя и національныя теоріи); другіе—пространствомъ дѣйствія нормъ, санкціонируемыхъ уголовнымъ закономъ (теоріи реальныя) и наконецъ третьи, наоборотъ, измѣряютъ самое пространство дѣйствія уголовнаго закона или нормъ имъ санкціонируемыхъ, исторически установившимся объемомъ карательной власти (теоріи универсальныя).

Теоріи первой группы, измѣряющія объемъ карательной власти пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона, даютъ слѣдующую постановку вопроса. Уголовный законъ установляетъ наказаніе только для совершившихъ преступленіе. Преступленіе есть нарушеніе уголовнаго закона. Нарушить же уголовный законъ можетъ только тотъ, для кого онъ обязателенъ, на кого распространяется его дѣйствіе. Поэтому только тѣ дѣянія подлежатъ карательной власти государства, которыя совершены въ сферѣ дѣйствія его уголовныхъ законовъ. Чѣмъ же опредѣляется эта сфера? На это даютъ различные отвѣты. Одни, болѣе послѣдовательные, говорятъ, что уголовный законъ дѣйствуетъ только на территоріи того государства, которымъ онъ изданъ. Такова теорія территоріальная. Согласно съ нею карательной власти государства подлежатъ только преступленія, совершонныя на его территоріи. Дѣянія, учиненныя за гра-

ницей, не могутъ служить основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія мѣстною властью [1]).

Теорія эта, въ своихъ практическихъ выводахъ, относительно опредѣленія объема карательной власти государства, оказывается, однако, совершенно несогласимой съ требованіями современнаго международнаго общенія. Принявъ ее, государству придется оставлять безнаказанными завѣдомыхъ преступниковъ, быть можетъ даже похваляющихся совершонными ими злодѣяніями, только потому, что злодѣянія эти совершены по ту сторону границы, хотя бы въ нѣсколькихъ шагахъ отъ нея. Между тѣмъ безнаказанность явныхъ преступниковъ не только возмущаетъ нравственное чувство, но и прямо угрожаетъ безопасности мѣстнаго общества. Кто можетъ быть спокоенъ и увѣренъ въ своей неприкосновенности, когда рядомъ съ ними живетъ невозбранно на свободѣ завѣдомый убійца? Нельзя устранить несообразность этихъ результатовъ территоріальной теоріи ссылкой на возможность выдачи преступника правительству того государства, въ которомъ онъ учинилъ преступленіе. Выдача предполагаетъ требованіе о томъ другаго государства. Разъ никто не требуетъ выдачи, нельзя и выдавать. А такое отсутствіе требованія о выдачѣ можетъ явиться легче и чаще всего въ тѣхъ именно случаяхъ, когда безнаказанность совершоннаго за границей преступленія должна особенно возмущать мѣстное общество, когда преступленіе заключается въ посягательствѣ на нашего соотечественника. Затѣмъ, преступленіе можетъ быть совершено и нашимъ подданнымъ, а собственные подданные, по установившейся международной практикѣ, не выдаются. Наконецъ, выдача допускается только въ отношеніи къ *преступникамъ*, а между тѣмъ невозможность суда и наказанія тѣмъ только и обусловливается, что, согласно территоріальной теоріи, учинившій преступленіе за границей не есть для мѣстнаго закона и мѣстной власти преступникъ. Государству, непризнающему данное лицо преступникомъ, нельзя и выдать его какъ преступника [2]).

Несообразность получаемыхъ изъ территоріальной теоріи выводовъ съ условіями международнаго общенія заставляетъ иныхъ, по примѣру Бернера [3]), искать выхода въ распространеніи дѣйствій уголовнаго за-

---

[1]) Изъ современныхъ криминалистовъ эту теорію отстаиваютъ A. Liszt, Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben und eventuell welche? 1882.

[2]) Обыкновенно противъ территоріальной теоріи выставляютъ еще и тотъ доводъ, что она приводитъ къ безнаказанности преступленій противъ самого государства. Но сила этого возраженія зависитъ отъ того, что считать мѣстомъ совершенія преступленія: если мѣсто нахожденія объекта посягательства,—то доводъ этотъ теряетъ все свое значеніе.

[3]) Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. 1853.

кона и за предѣлы государства, на всѣхъ его подданныхъ, гдѣ бы они ни находились. Въ такомъ случаѣ вышеуказанный ходъ разсужденія нѣсколько измѣняется. Уголовный законъ можетъ быть нарушенъ вездѣ, но только подданными государства, его издавшаго, постоянными или временными [1]), такъ какъ только для нихъ онъ обязателенъ. Однако эта такъ назыв. *національная* или личная теорія мало въ чемъ измѣняетъ дѣло. Она устраняетъ только безнаказанность заграничныхъ преступленій, совершонныхъ собственными подданными государства. Всѣ другія несообразности территоріальной теоріи остаются и при теоріи національной. Мало того, она приводитъ еще и къ новымъ. Территоріальная теорія имѣетъ, во всякомъ случаѣ, то достоинство, что она даетъ вполнѣ опредѣленное разграниченіе дѣйствія уголовныхъ законовъ различныхъ государствъ и, потому, устраняетъ всякую между ними коллизію. Національная, напротивъ, неизбѣжно приводитъ къ коллизіи. Она признаетъ, что подданный и за границей подчиняется дѣйствію своего національнаго уголовнаго закона и, вмѣстѣ съ тѣмъ, требуетъ отъ иностранцевъ, находящихся на территоріи государства, подчиненія мѣстнымъ законамъ. Если каждое государство приметъ оба эти положенія національной теоріи, коллизія законовъ неустранима. Лицамъ, находящимся внѣ отечества, придется одновременно подчиняться и мѣстнымъ, и своимъ отечественнымъ законамъ. Это приводитъ къ несообразному признанію наказуемости такихъ дѣяній, запрещенныхъ нашими законами, которыя будутъ совершены нашими подданными въ государствѣ, признающемъ эти дѣянія дозволенными.

Обѣ эти теоріи—и территоріальная, и національная,—будучи лишь частными модификаціями того воззрѣнія, что объемъ карательной власти измѣряется пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона, имѣютъ одинъ общій, коренной недостатокъ: они основаны на неправильномъ опредѣленіи преступнаго дѣянія Вся ихъ аргументація покоится на предположеніи, будто преступленіе есть нарушеніе уголовнаго закона. Между тѣмъ въ дѣйствительности преступникъ нарушаетъ не уголовный законъ, а санкціонируемую имъ юридическую норму. А если такъ, то конечно оказывается лишонной основанія вся ихъ аргументація. Если для совершенія преступленія не требуется нарушить уголовной законъ, то и нѣтъ надобности для того подлежать его дѣйствію во время дѣянія.

Выясненіе этой коренной ошибки теорій, измѣряющихъ объемъ карательной власти пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона, привело къ замѣнѣ ихъ другими, принимающими въ данномъ вопросѣ мѣриломъ *пространство дѣйствія нормы, санкціонируемой уголовнымъ закономъ.* Эти теоріи называются *реальными*, потому что нарушеніе нормы мо-

[1]) Т. е. иностранцами, пребывающими на его территоріи.

жетъ быть совершено только посягательствомъ на охраняемыя ею блага. Для подчиненія преступнаго дѣянія карательной власти государства надо, чтобы объектомъ или предметомъ посягательства было благо, находящееся подъ охраной нормъ этого государства. Слѣдовательно, подсудность посягательства опредѣляется его объектомъ (res). Но какія же блага охраняются нормами государства? Этотъ вопросъ разрѣшается различно. По мнѣнію однихъ—только блага, находящіяся на территоріи государства; по мнѣнію другихъ—блага, принадлежащія государству и его подданнымъ. Такимъ образомъ и тутъ получаются двѣ модификаціи и, притомъ, тѣ же самыя, что и примѣнительно къ теоріямъ, измѣряющимъ объемъ карательной власти пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона — территоріальная и національная [1]). Конечно, эти двѣ разновидности реальной теоріи вызываютъ тѣ же въ сущности возраженія, что и выше разсмотрѣнныя теоріи, измѣряющія объемъ карательной власти непосредственно пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона. Различіе тутъ сводится, въ сущности, къ тому, что территоріальность или національность, вмѣсто субъекта, требуется отъ объекта преступнаго посягательства [2]).

Какой бы видъ ни принимала такъ назыв. реальная теорія, сущность ея остается одна и таже. Она измѣряетъ объемъ карательной власти государства пространствомъ дѣйствія охраняемыхъ его уголовнымъ закономъ юридическихъ нормъ. Аргументація реальной теоріи въ общемъ можетъ быть резюмирована такъ: преступленіе есть посягательство на охраняемую уголовнымъ закономъ норму. Нарушить норму можно только посягая на охраняемыя этой нормой блага (Rechtsgüter). Поэтому дѣйствію уголовнаго закона и *карательной власти* даннаго государства подлежитъ тотъ, кто посягаетъ на охраняемыя нормами этого государства блага, все равно — кто бы онъ ни былъ, поданный или иностранецъ, и гдѣ бы онъ ни совершалъ свое посягательство— внутри страны или за границей.

Не трудно убѣдиться, что реальная теорія приводитъ къ такимъ же несообразнымъ выводамъ, какъ и теоріи, измѣряющія объемъ карательной власти пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона. Во первыхъ, она до невозможности расширяетъ сферу обязательной силы установляемыхъ государствомъ нормъ. Уже Баръ справедливо замѣтилъ, что реальная теорія приводитъ къ наказуемости нарушенія такихъ нормъ, которыхъ нарушитель и знать не могъ. Биндингъ думаетъ отпарировать это

---

[1]) Rohland. Das internationale Strafrecht. 1877 S. 138.—Binding, Handbuch des Strafrechts, B. I. 1885 S. 370.

[2]) Смотри обстоятельную критику реальной теоріи, съ этой точки зрѣнія, у *Таганцева*, Лекціи, I, стр. 284.

возраженіе нелишеннымъ остроумія замѣчаніемъ, что вѣдь и пріѣзжая въ страну иностранецъ не изучаетъ же предварительно курсъ мѣстнаго уголовнаго права [1]). Но дѣло въ томъ, что иностранецъ, живущій за границей, не только не можетъ, но и не долженъ вовсе знать нашего права. И возраженіе это должно быть обобщено. Дѣло заключается тутъ не въ неизвѣстности, а именно въ необязательности законовъ государства за предѣлами его власти. Когда я въ Россіи имѣю дѣло съ нѣмцемъ, для меня обязательны только русскіе законы. Требовать отъ русскаго, случайно попавшаго въ Германію, отвѣта за нарушеніе имъ нѣмецкихъ законовъ въ Россіи, хотя бы и въ отношеніи къ нѣмцу, значитъ вторгаться въ права русскаго верховенства, значитъ присвоивать нѣмецкимъ законамъ дѣйствіе и на русской территоріи. Мартитцъ, въ своемъ новомъ сочиненіи [2]), справедливо видитъ въ необходимости допустить наказаніе независимо отъ дозволенности или запрещенности дѣянія по законамъ мѣста совершенія—reductio ad absurdum реальной теоріи. Правда, Биндингъ рѣшается высказать съ свойственной ему послѣдовательностью и этотъ выводъ изъ принятой имъ теоріи, но очевидно и самъ чувствуетъ, что дѣло тутъ не ладно. На это указываетъ выбранный имъ совершенно неподходящій къ вопросу примѣръ. Многоженство, которое бы дозволилъ себѣ въ Турціи нѣмецъ, будетъ, говоритъ онъ, наказуемо въ Германіи. Безъ всякаго сомнѣнія! Но только основанія наказуемости въ данномъ примѣрѣ не имѣютъ никакого отношенія къ вопросу о наказуемости дѣяній, незапрещенныхъ закономъ мѣста ихъ совершенія. Многоженство, совершонное въ Турціи нѣмцемъ, будетъ наказуемо, во первыхъ, потому, что это преступленіе длящееся; во вторыхъ и потому, въ особенности, что на основаніи капитуляцій нѣмецкіе подданные въ Турціи не подлежатъ дѣйствію мѣстныхъ уголовныхъ законовъ.

Другой, еще болѣе серьезный недостатокъ реальной теоріи заключается въ томъ, что она въ прямомъ противорѣчіи съ историческою дѣйствительностью ограничиваетъ власть государства по охранѣ правъ только правами, основанными на собственныхъ законахъ государства. Представители этой теоріи какъ бы забываютъ, что уголовный искъ не единственная форма защиты правъ отъ нарушенія. И если принять какъ общее положеніе, что государство призвано защищать только блага, охраняемыя его собственными нормами, то придется разрушить все международное частное право, да и международное общеніе сдѣлается совершенно невозможнымъ. При такомъ взглядѣ на дѣло, для русскихъ судовъ иностранцы, живущіе за границей, должны быть совершенно без-

[1]) Binding, Handbuch, I, S. 369.

[2]) Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, I Abth. 1888, S. 49, Note.

правными существами. Затѣмъ, гражданскіе иски, основанные на иностранныхъ законахъ, должны быть признаны неподлежащими разсмотрѣнію нашей судебной власти. Между тѣмъ на дѣлѣ мы видимъ какъ разъ обратное. Иностранцы и за границей не считаются безправными: гражданскіе иски и основанные на иностранныхъ законахъ принимаются къ разсмотрѣнію. И конечно внѣ этихъ условій международное общеніе было бы немыслимо. Слѣдовательно нельзя сказать, чтобы государство было призвано охранять только *свои* правовыя блага. Нѣтъ, оно постоянно охраняетъ въ гражданскомъ судѣ и *чужія* правовыя блага. Рѣчь можетъ идти развѣ объ ограниченіи своими благами одной только спеціальной формы защиты — защиты уголовной. Въ такомъ случаѣ надо доказать, что при охраненіи государствомъ въ другихъ формахъ и чужихъ правъ, наказаніемъ оно можетъ охранять почему то только *свои* блага. Но такихъ доказательствъ мы не находимъ ни у одного изъ сторонниковъ реальной теоріи. Правда, Роландъ [1]) ссылается въ объясненіе предполагаемаго имъ существеннаго различія въ условіяхъ допустимости гражданскихъ и уголовныхъ исковъ на то, что въ гражданскомъ процессѣ судъ имѣетъ дѣло съ правовыми притязаніями частныхъ лицъ, которые могутъ быть основаны и на иностранномъ законѣ. Въ процессѣ же уголовномъ дѣло идетъ о притязаніи государства, которое, можетъ быть основано только на его собственныхъ законахъ. Но это еще ничего не доказываетъ. Во первыхъ, и въ гражданскомъ процессѣ стороной можетъ быть государство, и даже отвѣтчикомъ. Во вторыхъ, если бы указываемое Роландомъ различіе имѣло дѣйствительно такое рѣшающее значеніе, то послѣдовательно его развивая, пришлось бы признать, что въ отношеніи къ преступленіямъ частнымъ (Antragsdelicten) ограниченіе объема карательной власти посягательствами на блага, принадлежащія данному государству, не должно бы имѣть мѣсто.

Права охраняются не однимъ только наказаніемъ или гражданскимъ взысканіемъ. Полицейскія мѣры предупрежденія и слѣдственныя дѣйствія также должны быть признаны мѣрами защиты правъ. Между тѣмъ никто не рѣшится утверждать, не утверждаютъ этого и представители реальной теоріи, чтобы государство не могло принять мѣръ пресѣченія возможности уклониться отъ суда, скрыть слѣды преступленія, или собрать доказательства по дѣлу объ обвиненіи кого нибудь въ совершеніи преступленія за границей прочивъ чужихъ для государства благъ. Напротивъ, Биндингъ прямо признаетъ выдачу преступниковъ допустимой и въ тѣхъ случаяхъ, когда преступникъ не совершилъ посягательствъ на нормы даннаго государства. Но какъ бы мы ни смотрѣли на выдачу, признаемъ ли ее суррогатомъ суда и наказанія или нѣтъ, во всякомъ случаѣ нельзя

[1]) Das internationale Strafrecht, S. 12.

не видѣть въ ней мѣры защиты государствомъ извѣстныхъ правъ и, притомъ, правъ публичныхъ.

Несостоятельность всѣхъ этихъ теорій приводитъ многихъ къ принятію такъ назыв. универсальной теоріи. Теорія эта, выставленная впервые Молемъ и Бульмеринкомъ, пользуется въ настоящее время особенною популярностью въ нашей литературѣ [1]). Она основана на признаніи необходимости не ограничивать карательную власть государства только преступленіями, совершенными на его территоріи, или его подданными, или противъ принадлежащихъ ему благъ. Международное общеніе требуетъ установленія болѣе широкихъ рамокъ для карательной власти государства. Поэтому теорія эта утверждаетъ, что не объемъ карательной власти измѣряется пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона, а наоборотъ, самое пространство дѣйствія закона опредѣляется исторически установившимся объемомъ карательной власти. Государство, какъ участникъ международнаго общенія, должно удовлетворить всѣмъ его требованіямъ, должно, поэтому, и охранять своею карательною властью всѣ права, получившія международное признаніе. Для выполненія этого государство должно распространить дѣйствіе своихъ уголовныхъ законовъ на всѣ посягательства, гдѣ бы и кѣмъ бы они ни были совершены, если только объектомъ имъ является право, получившее международное признаніе и не слишкомъ маловажное.

Нетрудно показать, что универсальная теорія сводится, въ сущности къ отрицанію какихъ бы то ни было опредѣленныхъ границъ дѣйствія уголовнаго закона [2]). Онъ оказывается дѣйствующимъ и на территоріи государства и за ея предѣлами, и для подданныхъ, и для иностранцевъ и, притомъ, для различныхъ преступленій различно. Для общихъ и значительныхъ—дѣйствіе уголовнаго закона распространяется и за предѣлы территоріи, и на иностранцевъ; для политическихъ—только на посягательства противъ даннаго государства; для маловажныхъ — только въ предѣлахъ территоріи. Мало того, дѣйствіе закона оказывается зависящимъ отъ совершенно случайныхъ условій. Если лицо, учинившее за границей преступленіе, будетъ задержано въ странѣ, мѣстный законъ распростаняетъ свое дѣйствіе на дѣяніе, совершенное, можетъ быть, задолго предъ этимъ за предѣлами территоріи. Удастся преступнику убѣжать—дѣйствіе мѣстнаго закона опять прекращается; задержатъ его снова, снова возстановляется дѣйствіе закона и т. д. Понятно, что теорія дѣйствія закона, приводящая къ такимъ результатамъ, равносильна полному отрицанію всякой опредѣленной границы пространства дѣйствія уголов-

---

[1]) *Таганцевъ*, Лекціи, I, стр. 290; *Сергіевскій*, Русское уголовное право, стр. 401; *Мартенсъ*, Международное право, II, стр. 361.

[2]) Такъ и характеризуетъ ее Rohland, Das internationale Strafrecht, S. 3.

наго закона. Универсальная теорія вытекаетъ, въ сущности, изъ сознанія полной невозможности рѣшить вопросъ о границахъ карательной дѣятельности государства на основаніи какой бы то ни было *опредѣленной* теоріи дѣйствія уголовнаго закона. Но вмѣсто того, чтобы въ силу такого сознанія признать необходимость отдѣленія другъ отъ друга двухъ, совершенно разнородныхъ вопросовъ, объ объемѣ карательной власти государства и о пространствѣ дѣйствія его уголовныхъ законовъ, послѣдователи универсальной теоріи приходятъ, напротивъ, къ совершенно неожиданному выводу, будто международное общеніе дѣлаетъ невозможнымъ существованіе какихъ либо опредѣленныхъ границъ дѣйствія уголовнаго закона.

Такимъ образомъ и универсальной теоріи не удалось разрѣшить неразрѣшимую въ дѣйствительности задачу: изъ опредѣленія пространства дѣйствія уголовнаго закона вывести опредѣленіе границъ карательной власти государства. Рѣшеніе, ею предлагаемое, есть, въ сущности, совершенное извращеніе вопроса. Всѣ другія теоріи объемъ карательной власти государства измѣряютъ, такъ сказать, пространствомъ дѣйствія уголовнаго закона. Универсальная же теорія, наоборотъ, пространство дѣйствія уголовнаго закона думаетъ опредѣлить на основаніи исторически установившагося и крайне измѣнчиваго объема карательной власти отдѣльныхъ государствъ.

Каковъ же общій результатъ сдѣланнаго краткаго обзора всѣхъ этихъ теорій международнаго уголовнаго права? Онъ можетъ быть формулированъ слѣдующимъ образомъ. Территоріальная теорія совершенно правильно опредѣляла пространство дѣйствія уголовнаго закона. Какъ и всякій другой законъ, законъ уголовный дѣйствуетъ только на территоріи того государства, законодательною властью котораго изданъ. Ни одно государство не можетъ установлять законовъ для чужой территоріи. Ошибка же территоріальной теоріи заключалась единственно въ томъ, что она думала измѣрять пространствомъ дѣйствія закона объемъ карательной власти. Между тѣмъ эту ошибку критики вовсе не замѣтили, принявъ за безспорное совершенно неправильное предположеніе, будто бы границы карательной власти государства и границы дѣйствія его уголовныхъ законовъ должны всегда и непремѣнно совпадать. Благодаря этому, практически несостоятельные выводы территоріальной теоріи относительно объема карательной власти, были ошибочно приписаны неправильному якобы опредѣленію границы дѣйствія уголовнаго закона. Въ результатѣ явился цѣлый рядъ разнообразныхъ попытокъ какъ нибудь расширить эти границы, чтобы привести ихъ въ соотвѣтствіе съ границами карательной власти, попытокъ, дошедшихъ въ универсальной теоріи до совершеннаго отрицанія всякихъ опредѣленныхъ границъ дѣйствія уголовнаго закона.

Для правильной и простой, «*прозрачной*», какъ говоритъ, Іерингъ, конструкціи международнаго уголовнаго права требуется, прежде всего, отдѣлить другъ отъ друга два, безъ всякаго основанія смѣшиваемыхъ во едино, вопроса: объ объемѣ карательной власти и о соотношеніи разномѣстныхъ уголовныхъ законовъ. Первый изъ этихъ вопросовъ есть часть общаго вопроса о границахъ или объемѣ международной охраны правъ. Вопросъ этотъ чисто историческій. Онъ не допускаетъ общаго принципіальнаго рѣшенія. На различныхъ стадіяхъ развитія международнаго общенія онъ рѣшался различно. Было время когда всѣ вообще права вовсе не находили себѣ международной охраны, когда за предѣлами государственной территоріи не признавалось существованіе юридическаго порядка, когда иностранцы являлись вовсе безправными. Теперь это измѣнилось. Право находитъ себѣ охрану не только со стороны даннаго отдѣльнаго государства, но и охрану международную. Однако, международной охраной пользуются далеко еще не всѣ права, даже не всѣ гражданскія права. Промышленно-вещныя права, напримѣръ, подлежатъ международной охранѣ только на основаніи спеціальныхъ о томъ международныхъ соглашеній. Еще уже рамки международной охраны въ примѣненіи къ правамъ публичнымъ. Если гражданскія права по общему правилу подлежатъ международной охранѣ, для публичныхъ правъ примѣненіе международной охраны, напротивъ, составляетъ исключеніе. Публичныя права, въ большинствѣ носятъ на себѣ слишкомъ рѣзко выраженный національный и мѣстный отпечатокъ. Самое существованіе публичныхъ правъ непосредственно обусловлено даннымъ государственнымъ строемъ, данной организаціей управленія, данной сословной группировкой населенія. Такимъ образомъ и въ настоящее время не всѣ права находятъ себѣ международное признаніе. Понятно само собой, что права, не получившія международнаго признанія, и охраняются только тѣмъ государствомъ, въ которомъ они возникаютъ, а не другими членами международнаго союза. Поэтому и *международная уголовная репрессія*, какъ частный видъ охраны правъ противъ нарушеній, совершаемыхъ за границей, *примѣнима только къ нарушенію такихъ правъ, которыя уже получили международное признаніе*. Въ этомъ и заключается первое и основное начало, опредѣляющее объемъ карательной власти государства въ отношеніи къ дѣяніямъ, совершаемымъ за его предѣлами. Международнымъ признаніемъ пользуются теперь, какъ мы уже сказали, во-первыхъ, всѣ гражданскія права — личныя, имущественныя, семейныя, наслѣдственныя, за немногими спеціальными исключеніями, и во-вторыхъ, нѣкоторыя, немногія, публичныя права. Поэтому и международная уголовная репрессія распространяется по общему правилу на всѣ преступленія противъ правъ личныхъ, семейныхъ и имущественныхъ и, въ видѣ изъятія, на нѣкоторыя преступленія противъ правъ публичныхъ, меж-

дународное признаніе которыхъ въ чемъ либо спеціально выразилось, въ договорахъ или законахъ. Изъ отсутствія общаго международнаго признанія правъ публичныхъ вытекаетъ нераспространеніе международной уголовной репрессіи: 1) на преступленія политическія; 2) на преступленія религіозныя и 3) на полицейскія правонарушенія, какъ нарушенія административнаго, слѣдовательно—публичнаго права.

Международное признаніе правъ можетъ быть *безусловнымъ*: такимъ является оно въ отношеніи рѣшительнаго большинства гражданскихъ правъ и нѣкоторыхъ, весьма немногихъ, правъ публичныхъ (см. напр. ст. 577 улож. о нак.). Но международное признаніе можетъ быть установлено также и *подъ условіемъ взаимности*. Напримѣръ, наше законодательство подъ такимъ условіемъ установляетъ наказуемость посягательства на жизнь иностраннаго монарха (ст. 260 улож.). Наконецъ, международное признаніе можетъ быть также обусловлено существованіемъ спеціальныхъ о томъ международныхъ соглашеній. Примѣромъ могутъ служить права авторскія.

Международнымъ признаніемъ могутъ пользоваться не только права, основанныя на иностранныхъ законахъ, но также и права непосредственно установляемыя нормами международнаго права и, притомъ, всѣ онѣ пользуются такимъ признаніемъ.

Слѣдовательно, можно сказать, что карательная власть государства объемлетъ:

1) всѣ преступленія противъ правъ, основанныхъ на мѣстныхъ законахъ;

2) всѣ преступленія противъ правъ, основанныхъ на международномъ правѣ, и

3) преступленія противъ получившихъ международное признаніе правъ, основанныхъ на иностранномъ законодательствѣ.

Сюда же, т. е. къ ученію о границахъ международнаго признанія правъ, долженъ быть отнесенъ и вопросъ о значеніи частныхъ и рѣшительныхъ опредѣленій иностранныхъ уголовныхъ судовъ. Значеніе это всецѣло зависитъ отъ исторически мѣняющихся условій международнаго общенія. Теперь вообще признается, что приговоры иностранныхъ уголовныхъ судовъ исполняемы быть не могутъ. Однако, лицо, оправданное или уже отбывшее наказаніе по приговору иностраннаго компетентнаго суда, признается уже не подлежащимъ вторичному уголовному преслѣдованію. Частныя опредѣленія о допросѣ свидѣтелей, объ осмотрахъ, объ истребованіи справокъ могутъ быть исполняемы. Но государство, конечно, не можетъ признать за иностраннымъ судомъ большую власть, чѣмъ за своимъ собственнымъ судомъ. Поэтому не подлежатъ исполненію, согласно постановленіямъ существующихъ карательныхъ конвенцій, опредѣленія о допросѣ свидѣтелей и т. п. по обвиненію кого либо въ та-

комъ дѣяніи, которое, по мѣстнымъ законамъ, не обложено наказаніемъ. Точно также государство не можетъ оказывать другому судебной помощи въ уголовной охранѣ правъ, не получившихъ международнаго признанія. Поэтому не подлежатъ исполненію частныя опредѣленію иностранныхъ судовъ по дѣламъ о преступленіяхъ политическихъ.

Международное признаніе права не есть единственное условіе распространенія международной уголовной репрессіи на нарушеніе этого права. Рядомъ съ этимъ началомъ должно быть поставлено еще другое, имѣющее, правда, сравнительное второстепенное значеніе. Наказаніе есть только одно изъ возможныхъ послѣдствій правонарушенія и, притомъ, признаваемое наиболѣе тягостнымъ, соединяемое, потому, только съ особенно опасными посягательствами на чужое право. Опасность можетъ, съ теченіемъ времени, уменьшиться. Поэтому и уголовный искъ можетъ быть иногда прекращенъ давностью, когда гражданскій искъ, вытекающій изъ того же правонарушенія, продолжаетъ еще существовать. Подобно времени и разстояніе можетъ имѣть такое же дѣйствіе. Наказуемость можетъ уничтожаться какъ въ отношеніи къ *давнему* правонарушенію, такъ и въ отношеніи къ правонарушенію *далекому*. Отсюда получимъ второе начало, опредѣляющее границы международной уголовной репрессіи. Карательная власть государства не распространяется на всѣ вообще маловажныя преступныя дѣянія, совершонныя *вдали* отъ него. Именно *вдали*, а не просто *внѣ* его, потому что относительно полицейскихъ проступковъ, совершаемыхъ на границѣ двухъ государствъ, смежныя государства заключаютъ даже спеціальныя конвенціи, съ цѣлью совмѣстной организаціи ихъ преслѣдованія.

Если выдѣлить вопросъ объ объемѣ карательной власти государства, то дѣйствіе уголовоаго, какъ и всякаго другого закона, опредѣлится тѣмъ общимъ началомъ, что каждый юридическій фактъ обсуждается на основаніи того закона, въ сферѣ дѣйствія котораго онъ совершился. При этомъ отдѣльными юридическими фактами должны быть признаваемы факты, влекущіе за собой установленіе, и факты, представляющіе осуществленіе права. Фактомъ, влекущимъ за собой установленіе въ отношеніи къ данному лицу права наказанія, служитъ преступное дѣяніе. Фактомъ, представляющимъ осуществленіе карательнаго права, является возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, приводящее или къ суду и наказанію, или къ выдачѣ.

Факты каждой изъ этихъ двухъ категорій должны обсуждаться на основаніи того закона, въ сферѣ дѣйствія котораго они совершились. Поэтому *преступность* дѣйствія, какъ необходимое условіе установленія въ отношеніи къ данному лицу права наказанія, обсуждается на основаніи законовъ мѣста его совершенія (lex delicti commissi).

Но тутъ является вопросъ: что считать мѣстомъ совершенія пре-

ступленія? Если преступное дѣяніе всѣми своими элементами принадлежитъ одной и той же территоріи, вопросъ этотъ не порождаетъ затрудненій. Другое дѣло, когда отдѣльные его элементы находятся въ различныхъ территоріяхъ. Тутъ открывается широкое поле для разногласій. Можетъ случиться, напримѣръ, такъ что объектъ преступнаго дѣянія находится въ одномъ государствѣ, а субъектъ—въ другомъ, или отдѣльные соучастники преступнаго дѣянія живутъ въ разныхъ территоріяхъ или, наконецъ, дѣяніе начато въ предѣлахъ одного государства, а закончено въ предѣлахъ другого. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ возникаютъ большія сомнѣнія, гдѣ считать преступное дѣяніе совершившимся?

Въ литературѣ уголовнаго права существуетъ нѣсколько различныхъ теорій по этому вопросу. Нѣкоторые криминалисты находятъ невозможнымъ установить какое-либо общее правило относительно того, что считать въ сомнительныхъ случаяхъ мѣстомъ учиненія преступнаго посягательства. По ихъ мнѣнію, вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшаемъ различно въ различныхъ случаяхъ [1]). Такое воззрѣніе страдаетъ, конечно, полною неопредѣленностью и принять его можно только тогда, если будетъ доказана невозможность установить общее принципіальное рѣшеніе вопроса.

Другіе, принимая исключительно національную точку зрѣнія, думаютъ рѣшить этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что каждое преступное посягательство, хотя бы однимъ своимъ элементомъ,—все равно какимъ—принадлежащее данной территоріи, должно считаться совершоннымъ внутри страны [2])- Однако если всѣ государства усвоятъ такой взглядъ, то получится совершенно неразрѣшимая коллизія уголовныхъ законовъ различныхъ государствъ, такъ какъ во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ преступленіе будетъ считаться учиненнымъ одинаково во всѣхъ территоріяхъ, съ которыми оно какъ-нибудь соприкасается.

Остается, слѣдовательно, выбирать между признаніемъ мѣстомъ учиненія преступнаго посягательства мѣсто нахожденія субъекта [3]) или мѣсто нахожденія объекта [4]). Каждое изъ этихъ двухъ воззрѣній можетъ привести за себя серьезные доводы и если видѣть тутъ вопросъ о томъ, гдѣ именно *совершилось* дѣяніе, то споръ едва ли не представится безъисходнымъ. Дѣло въ томъ, что въ подобныхъ случаяхъ дѣянія совершаются дѣйствительно въ разныхъ государствахъ. Въ этомъ нѣтъ ничего несообразнаго. Дѣйствія людей обыкновенно занимаютъ собою извѣстное пространство, но если пространство все цѣликомъ находится въ одной тер-

---

[1]) *Таганцевъ.* Лекціи, I, стр. 270.

[2]) Binding, Handbuch, I, S. 426.

[3]) Bar, Das internationale Privat und Strafrecht. S. 555.—Rohland, Das internationale Strafrecht, S 29.—*Мартенсъ*, Междунар. право, II, стр. 373.

[4]) *Фойницкій*, Курсъ уголовнаго судопроизводства. 1884, I, 534.

ріторіи, то протяженность дѣйствія не обращаетъ на себя вниманія, такъ какъ не представляетъ никакого юридическаго интереса. Когда же случится такъ, что граница двухъ государствъ пересѣчетъ пространство, занятое дѣяніемъ, то является затрудненіе. Дѣяніе заняло собою части двухъ территорій, совершилось въ двухъ различныхъ государствахъ. Но такъ какъ нельзя къ одному и тому же дѣянію примѣнять одновременно два различныхъ, быть можетъ, противорѣчащихъ другъ другу закона, то и приходится такія дѣянія, въ дѣйствительности совершившіяся въ двухъ государствахъ, *считать* учиненными въ какомъ-либо одномъ изъ нихъ и примѣнять къ нимъ законъ только этого государства. Вопросъ тутъ именно въ выборѣ между двумя возможными юридическими конструкціями, одинаково несоотвѣтствующими дѣйствительности. Если мы будемъ считать преступныя посягательства учиненными тамъ, гдѣ находится субъектъ посягательства, мы получимъ субъективную конструкцію; если тамъ, гдѣ объектъ—конструкцію объективную. Которая же изъ нихъ заслуживаетъ предпочтенія?

Достоинство юридической конструкціи зависитъ отъ того, какъ она разрѣшаетъ свою задачу. Удовлетворительнымъ можетъ быть признано только то рѣшеніе, которое представляется: 1) *полнымъ*, объемлющимъ все содержаніе даннаго вопроса; 2) *послѣдовательнымъ*, не требующимъ исключеній и согласнымъ съ общими началами юридической теоріи и 3) *естественнымъ*, простымъ и яснымъ. Намъ и предстоитъ теперь изслѣдовать,—какая изъ двухъ возможныхъ конструкцій субъективная или объективная, оказывается полнѣе, послѣдовательнѣе и естественнѣе?

Начнемъ съ вопроса объ относительной полнотѣ этихъ конструкцій.

Наиболѣе простой случай принадлежности одного преступнаго дѣянія нѣсколькимъ территоріямъ, когда имѣется одинъ субъектъ и одинъ объектъ правонарушенія, одинаково полно разрѣшается и субъективной и объективной конструкціей. Будемъ ли мы считать мѣстомъ совершенія преступнаго дѣянія мѣсто нахожденія субъекта или мѣсто нахожденія объекта, при единствѣ объекта и субъекта, примѣнимымъ къ данному дѣянію окажется всегда только одинъ какой-нибудь законъ. Совпаденія нѣсколькихъ законовъ тутъ получиться не можетъ. Другое дѣло—случаи болѣе сложнаго характера, когда имѣется нѣсколько субъектовъ или нѣсколько объектовъ преступнаго дѣянія. Изъ этихъ сложныхъ случаевъ субъективная конструкція даетъ рѣшеніе только для случая множественности объектовъ. Для случаевъ соучастія лицъ, живущихъ въ разныхъ государствахъ, она непригодна или, по крайней мѣрѣ, недостаточна, такъ какъ взятая сама по себѣ неизбѣжно приводитъ къ совмѣстному примѣненію къ одному и тому же дѣянію нѣсколькихъ различныхъ законовъ. Объективная конструкція одинаково достаточна и пригодна для разрѣшенія какъ случаевъ соучастія, такъ и случаевъ

множественности объектовъ. Такъ какъ объективная теорія вообще не принимаетъ въ соображеніе мѣсто нахожденія субъекта, то и фактъ нахожденія совиновниковъ въ разныхъ государствахъ ровно никакого значенія не имѣетъ. Но точно также и въ случаяхъ множественности объектовъ, объективная теорія ни къ какимъ несообразнымъ выводамъ, ни къ какой коллизіи законовъ не приводитъ. При множественности объектовъ, во всякомъ случаѣ имѣется совокупность, если не реальная, то хотя бы идеальная. При реальной совокупности, конечно, нѣтъ никакого неудобства считать *различныя* дѣянія совершившимися въ различныхъ территоріяхъ по мѣсту нахожденія объектовъ и обсуждать ихъ преступность по различнымъ законамъ. Сомнѣнія могутъ возникнуть развѣ относительно случаевъ идеальной совокупности. Но такъ какъ по законамъ мѣста совершенія дѣянія обсуждается не наказуемость, а только преступность, то нѣтъ рѣшительно никакого неудобства въ томъ, чтобы преступность отдѣльныхъ элементовъ идеальной совокупности обсуждалась на основаніи различныхъ законовъ, по мѣсту нахожденія отдѣльныхъ объектовъ правонарушенія.

Проф. Таганцевъ утверждаетъ, что объективная конструкція также неполна, какъ и субъективная. «Нельзя, говоритъ онъ [1]), опредѣлять понятіе учиненія преступнаго дѣянія на территоріи — мѣстомъ пребыванія объекта посягательства, того правоохраненнаго интереса, на который посягаетъ виновный, такъ какъ, напр., установленіе такого мѣста пребыванія для интересовъ идеальныхъ и, притомъ, какъ индувидуальныхъ, такъ и общественныхъ, представляется невозможнымъ, а съ другой стороны, мы знаемъ, что существуютъ посягательства, почитаемыя учиненными на территоріи Россіи, хотя они направлены противъ интересовъ государственныхъ или общественныхъ иностранныхъ державъ».

Едва ли эти доводы можно признать убѣдительными при той постановкѣ вопроса, какую мы ему даемъ. Во-первыхъ, интересы, охраняемые юридическими нормами, конечно, не могутъ же быть ничьими интересами. А разъ имѣется субъектъ охраняемаго правомъ интереса, мѣсто его пребыванія можетъ въ сомнительныхъ случаяхъ считаться мѣстомъ нахожденія объекта преступнаго посягательства. Во-вторыхъ, если и случится, что составляющій объектъ посягательства идеальный интересъ будетъ находиться и будетъ нарушенъ въ разныхъ территоріяхъ, то въ этомъ еще нѣтъ никакого препятствія для примѣненія объективной конструкціи. Тутъ получится случай, аналогичный съ случаемъ множественности объектовъ. Если, напр., кто-нибудь совершаетъ диффамацію лица, имѣющаго дѣла въ разныхъ государствахъ, то можно, пожалуй, считать, что объектъ посягательства — добрая репутація — су-

[1]) Лекціи, I, 270.

ществуетъ во всѣхъ этихъ государствахъ. Но хотя бы уголовные законы однихъ изъ этихъ государствъ предусматривали диффамацію, а другіе—нѣтъ, изъ этого не проистекло бы никакихъ затрудненій. Диффамація, какъ преступное дѣяніе, считалась бы тогда учиненной только въ тѣхъ государствахъ, гдѣ она запрещена подъ страхомъ наказанія. А такъ какъ закономъ мѣста совершенія, согласно нашей теоріи, опредѣляется *только преступность дѣянія*, а не наказуемость или подсудность, то рѣшительно все равно, въ какомъ именно изъ тѣхъ государствъ, законы которыхъ запрещаютъ диффамацію подъ страхомъ наказанія, она будетъ считаться учиненною. Точное опредѣленіе мѣста совершенія дѣянія имѣетъ значеніе только въ тѣхъ случаяхъ, когда законы различныхъ государствъ, могущихъ считаться мѣстомъ учиненія, различно рѣшаютъ вопросъ о преступности дѣянія. Если же законы всѣхъ этихъ государствъ одинаково признаютъ дѣяніе преступнымъ, незачѣмъ и опредѣлять, гдѣ именно оно должно считаться учиненнымъ.

Другое возраженіе проф. Таганцева противъ объективной конструкціи заключается въ томъ, «что существуютъ посягательства, почитаемыя учиненными на территоріи Россіи, хотя они направлены противъ интересовъ иностранныхъ державъ». Но весь вопросъ именно въ томъ, *слѣдуетъ ли* ихъ въ самомъ дѣлѣ «почитать учиненными въ Россіи». Если принять объективную конструкцію, ихъ придется считать совершенными за границей. И въ этомъ нѣтъ никакого неудобства. Напротивъ, только при этомъ условіи вопросъ о преступности подобныхъ посягательствъ можетъ получить правильное разрѣшеніе. Въ самомъ дѣлѣ, если считать ихъ учиненными въ Россіи, то виновнаго придется наказать, хотя бы по законамъ той державы, противъ которой они направлены, они и не были вовсе запрещены подъ страхомъ наказанія. При объективной же конструкціи они будутъ подлежать уголовному преслѣдованію въ Россіи только подъ условіемъ признанія ихъ преступными и по законодательству той страны, противъ которой они направлены, что, конечно, справедливѣе.

Не можетъ возникнуть сомнѣній и относительно наказуемости такихъ преступленій, какъ представляющихъ посягательство на публичныя права иностраннаго государства, потому что разъ эти посягательства спеціально предусмотрѣны мѣстными уголовными законами, въ этомъ выражается признаніе распространенія на нихъ карательной власти даннаго государства.

Посмотримъ же теперь, какая изъ двухъ возможныхъ конструкцій болѣе *послѣдовательна?* Это качество конструкціи можетъ быть обсуждаемо съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія: въ отношеніи согласимости ея съ болѣе общими положеніями теоріи права и въ отношеніи къ воз-

можности примѣнить данную конструкцію ко всѣмъ частнымъ случаямъ, не допуская исключеній.

Не трудно показать, во-первыхъ, что субъективная конструкція не можетъ обойтись безъ весьма широкихъ исключеній. Прежде всего необходимо допустить исключеніе для delicta omissionis. Невозможно считать ихъ учиненными тамъ, гдѣ находится субъектъ, такъ какъ въ этомъ именно мѣстѣ при такихъ деликтахъ ровно ничего не совершается. Напротивъ, объектъ посягательства даже въ такихъ случаяхъ терпитъ отъ неисполненія установленной закономъ обязанности. Поэтому, даже Биндингъ, полагающій, что каждое преступленіе, хотя бы однимъ какимъ-нибудь своимъ элементомъ принадлежащее территоріи, должно считаться совершеннымъ въ странѣ, для delicta omissionis установляетъ изъ этого исключеніе, признавая ихъ учиненными только тамъ, гдѣ должна быть исполнена обязанность, т. е. въ мѣстѣ нахожденія объекта [1]).

Затѣмъ, если за общее правило принять, что мѣстомъ совершенія дѣянія считается мѣсто нахожденія субъекта и, слѣдовательно, преступность дѣянія обсуждается на основаніи закона того же самого мѣста, то придется допустить исключеніе въ отношеніи ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, представляющимъ посягательство противъ самого государства. Государство не можетъ допустить безнаказанность направленныхъ противъ него самого посягательствъ по той причинѣ, что въ мѣстѣ нахожденія дѣятеля, быть можетъ въ враждебной ему державѣ, дѣянія эти не запрещены закономъ подъ страхомъ наказанія. И дѣйствительно, необходимость этого исключенія признаютъ и сами сторонники субъективной конструкціи [2]).

Третье исключеніе, необходимое при субъективной конструкціи, относится къ тѣмъ случаямъ, когда по законамъ того мѣста, гдѣ находится объектъ, данное дѣяніе не преступно. Въ этомъ случаѣ и по мнѣнію сторонниковъ субъективной конструкціи дѣятель не можетъ быть привлеченъ къ уголовной отвѣтственности, хотя бы закономъ мѣста его нахожденія и было запрещено подъ страхомъ наказанія [3]). Не послѣдовательнѣе ли будетъ, вмѣсто субъективной конструкціи со многими и весьма значительными исключеніями, принять объективную конструкцію съ однимъ незначительнымъ исключеніемъ? Но мало того, и въ этомъ-то единственномъ исключеніи, въ сущности, нѣтъ никакой надобности. Иностранцы,

---

[1]) Binding. Handbuch, I, 423.

[2]) Bar, Das internationale Privat und Strafrecht, 1862, S. 541. *Мартенсъ*, Межд. право, II, стр. 373.

[3]) Bar, Das intern. Privat und Strafrecht, S. 555. Jedoch muss dann die Strafe ausgeschlossen sein, wenn nach den Gesetzen des Ortes, wo nach der Absicht der Handelnden der Erfolg eintritt, dieser als ein erlaubter Zweck der Handlung zu betrachten sei.

находящіеся въ предѣлахъ государства, вообще приравниваются въ отношеніи уголовной охраны къ подданнымъ. Они даже и называются временными *подданными* (Subditi temporarii) Поэтому, нѣтъ ничего несообразнаго, а, напротивъ, было бы даже послѣдовательнѣе, посягательства, совершаемыя изъ-за границы, на иностранцевъ, находящихся на нашей территоріи, т. е. посягательства на нашихъ временныхъ подданныхъ, разсматривать совершенно такъ же, какъ и посягательства на нашихъ постоянныхъ подданныхъ. По соображенію ст. 172 съ 170 улож. о наказ. выраженіе «россійскій подданный», въ ст. 172, можетъ быть толкуемо въ широкомъ смыслѣ, обнимающемъ не только постоянныхъ, но и временныхъ подданныхъ. Если принять такой взглядъ, то объективная конструкція будетъ примѣнима ко всѣмъ возможнымъ случаямъ, *безъ всякихъ исключеній*.

Полная послѣдовательность конструкціи требуетъ ея согласія и съ болѣе общими положеніями юридической теоріи. И въ этомъ отношеніи объективная конструкція оказывается послѣдовательнѣе субъективной. Въ международномъ частномъ правѣ рѣшающее значеніе придается не мѣсту нахожденія субъекта, а мѣсту нахожденія объекта. Поэтому, если принять по интересующему насъ вопросу объективную конструкцію, она окажется только частнымъ примѣненіемъ общаго принципа. Напротивъ, если принять субъективную, она будетъ сама исключеніемъ изъ общаго правила, примѣнимаго ко всѣмъ другимъ юридическимъ фактамъ, кромѣ преступленія. И съ точки зрѣнія современной теоріи, отрицающей принципіальное различіе уголовной и гражданской неправды, допущеніе такого изъятія особенно неудобно. Гражданское взысканіе и уголовное наказаніе, при такомъ взглядѣ на дѣло, представляются только различными послѣдствіями одного и того же правонарушенія. А такъ какъ гражданское правонарушеніе считается совершившимся тамъ, гдѣ находится объектъ, то принятіе субъективной конструкціи приводитъ къ той несообразности, что одно и то-же дѣяніе, въ отношеніи къ различнымъ его юридическимъ послѣдствіямъ, разсматривается совершившимся въ разныхъ мѣстахъ.

Кромѣ полноты и послѣдовательности, отъ юридической конструкціи требуется также, чтобы она была *естественна*. Искусственность конструкціи непремѣнно вредитъ ея простотѣ и ясности. И вотъ именно съ этой точки зрѣнія и слышатся чаще всего возраженія противъ объективной конструкціи. Говорятъ, что неестественно считать человѣка дѣйствующимъ не тамъ, гдѣ онъ находится [1]); что уголовный законъ, по существу своему, есть норма человѣческой дѣятельности, а не мѣра предупрежденія извѣстныхъ опасностей [2]).

---

[1]) Rohland, Das internationale Strafrecht, 30.

[2]) Bar, Das internationale Privat und Strafrecht, 555.

Останавливаясь на первомъ изъ этихъ возраженій, мы замѣтимъ, во-первыхъ, что положительно возможны случаи, когда человѣкъ совершаетъ преступное дѣяніе не тамъ, гдѣ онъ находится. Напримѣръ, если кто либо пишетъ статью, содержащую въ себѣ клевету или оскорбленіе, въ одномъ государствѣ, печатаетъ ее въ другомъ, а самъ находится во время выхода статьи его въ свѣтъ въ третьемъ, то можно ли сказать, чтобы клевета въ печати была имъ совершена тамъ, гдѣ онъ находился въ моментъ выхода книги или журнала? Точно также нельзя сказать, чтобы человѣкъ, производящій взрывъ какого нибудь строенія въ Россіи изъ-за границы, посредствомъ замыканія электрическаго тока въ проведенныхъ къ мѣсту взрыва проволокахъ, совершилъ этотъ взрывъ не въ Россіи, а за границей. Тоже самое примѣнимо и ко всѣмъ delicta omissionis, которыя не могутъ считаться совершонными тамъ, гдѣ находится субъектъ.

Затѣмъ останется рядъ случаевъ, когда одинаково можно счесть дѣяніе учиненнымъ и тамъ, гдѣ находится объектъ, и тамъ, гдѣ находится субъектъ. Но, какъ мы уже говорили, вопросъ вовсе не въ томъ, гдѣ *совершилось* дѣяніе, а въ томъ, гдѣ *считать* его совершившимся. Поэтому, объективная конструкція не можетъ быть выражаема въ такой отрицательной формѣ: дѣяніе совершается *не тамъ*, гдѣ находится дѣятель. Дѣяніе можетъ быть иногда совершено *и тамъ*, гдѣ находится субъектъ, но только считается оно учиненнымъ всегда въ мѣстѣ нахождения объекта.

Болѣе серьезно другое возраженіе, усматривающее въ объективной конструкціи противорѣчіе самой природѣ уголовныхъ законовъ, какъ нормъ человѣческой дѣятельности.

Что уголовные законы, какъ всѣ юридическія нормы, суть правила человѣческой дѣятельности—это несомнѣнно. Но выводить отсюда, что они установлены не для устраненія тѣхъ опасностей и вреда, какія причиняются преступленіемъ, нѣтъ никакого основанія. Большинство уголовныхъ законовъ облагаетъ наказаніемъ тѣ или другія дѣянія только подъ условіемъ, что ими причиняется кому-либо вредъ или опасность. Законы, установляющіе наказуемость дѣйствій независимо отъ причиненія ими вреда или опасности, занимаютъ въ уголовномъ правѣ самое второстепенное мѣсто. Однако, и эти законы установляютъ такую безусловную наказуемость извѣстныхъ дѣйствій только потому, что они обыкновенно, по общему правилу, являются опасными. Цѣль всякой нормы, что либо запрещающей, есть обезпеченіе того или другого интереса. Уголовные законы, конечно, нормируютъ человѣческую дѣятельность, однако только ради обезпеченія тѣхъ или другихъ охраняемыхъ правомъ благъ, а не безцѣльно [1]). Поэтому, всякое преступное дѣяніе заключаетъ въ

[1]) Binding, Normen, I, 201.

себѣ посягательство на охраненный правомъ интересъ [1]). Но посягательство непремѣнно есть посягательство на что-нибудь, непремѣнно имѣетъ объектъ, а слѣдовательно непремѣнно и скажется тамъ, гдѣ этотъ объектъ находится. Мы имѣемъ, такимъ образомъ, право утверждать, что каждое преступное дѣяніе совершается *и тамъ*, гдѣ находится его объектъ.

До сихъ поръ мы вовсе не касались такихъ случаевъ, когда преступное дѣяніе, развиваясь во времени, различными своими моментами принадлежитъ различнымъ территоріямъ, такъ какъ объектъ его послѣдовательно переходитъ изъ одного государства въ другое. Что же считать мѣстомъ совершенія такихъ дѣяній? Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, *когда* мы будемъ считать ихъ учиненными. Другими словами, тутъ вопросъ не столько о мѣстѣ, сколько о времени совершенія преступленія. То мѣсто, гдѣ совершился моментъ, признаваемый моментомъ совершенія, и должно считаться мѣстомъ учиненія преступнаго дѣянія [2]).

Точно также разрѣшается и вопросъ о мѣстѣ учиненія длящихся преступленій. Онъ также сводится къ вопросу о времени ихъ совершенія. Такъ какъ они считаются учиняемыми во всѣ послѣдовательные моменты ихъ длительности, то и мѣстомъ ихъ совершенія могутъ одинаково считаться всѣ тѣ мѣста, гдѣ за это время находился объектъ посягательства. Считать длящееся преступленіе совершеннымъ въ разныхъ мѣстахъ не представляется никакихъ неудобствъ, совершенно также какъ и относящимся къ различнымъ послѣдовательнымъ моментамъ времени [3]).

Осуществленіе карательнаго права, какъ и всякаго другаго права, обсуждается на основаніи закона мѣста осуществленія, независимо отъ того, гдѣ совершился фактъ, установившій это право. Правило это примѣняется какъ къ самой допустимости осуществленія права, такъ и къ формамъ осуществленія. И вопросъ—*можно ли* въ данномъ мѣстѣ осуществить карательное право, и вопросъ — *какъ* его можно осуществлять, одинаково рѣшается на основаніи закона, дѣйствующаго въ мѣстѣ осуществленія. Хотя бы даннымъ лицомъ было учинено дѣяніе, преступное по закону мѣста его совершенія, его нельзя однако наказать въ государствѣ, законы котораго не запрещаютъ это дѣяніе подъ страхомъ наказанія. Обыкновенно это выражаютъ такъ: человѣкъ можетъ быть наказанъ только подъ условіемъ наказуемости учиненнаго имъ дѣянія и по закону мѣста совершенія, и по закону мѣста суда. Основаніемъ тутъ служитъ то, что установленное въ отношеніи къ дан-

---

[1]) *Таганцевъ*, Лекціи, I, 43.
[2]) Таганцевъ, Лекціи I, 271.
[3]) Таганцевъ, Лекціи I, 273.

ному лицу право наказанія за дѣяніе, преступное по закону мѣста совершенія, не можетъ быть осуществляемо тамъ, гдѣ законъ не облагаетъ этого дѣянія уголовной карой.

Допустимость осуществленія права наказанія въ отношеніи къ данному лицу обусловливается наказуемостью по мѣстнымъ законамъ совершеннаго имъ дѣянія не только in abstracto, но также in concreto. Недостаточно, чтобы дѣянія извѣстнаго рода вообще были наказуемы: надо, чтобы они были наказуемы и при тѣхъ конкретныхъ условіяхъ, какія имѣются въ данномъ случаѣ. Если наказуемое по мѣстнымъ законамъ дѣяніе окажется совершеннымъ въ возрастѣ, исключающемъ по этому законодательству возможность уголовнаго преслѣдованія, или окажется уже покрытымъ давностью, осуществленіе въ отношеніи къ нему карательнаго права въ данномъ государствѣ не можетъ имѣть мѣста.

Осуществленіе карательной власти слѣдуетъ при этомъ понимать не въ тѣсномъ смыслѣ непосредственнаго примѣненія наказанія, а въ смыслѣ вообще возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Привлеченіе къ слѣдствію, преданіе суду, самый судъ, *а также выдача* — все это есть также осуществленіе карательной власти. Никто не станетъ оспаривать возможность видѣть осуществленіе карательной власти въ привлеченіи къ слѣдствію, въ преданіи суду, въ самомъ судѣ. Спорнымъ представляется это только относительно выдачи.

Вслѣдъ за Листомъ [1]) нѣкоторые криминалисты [2]) и публицисты [3]) видятъ въ выдачѣ преступниковъ не осуществленіе карательной власти, а только актъ судебной помощи иностранному государству, подобный, напр., допросу свидѣтелей по дѣлу, производящемуся въ иностранномъ судѣ. При этомъ не только Листъ и его послѣдователи, но также и противники этого воззрѣнія [4]) представляютъ дѣло такъ, будто бы признаніе выдачи актомъ судебной помощи необходимо влечетъ за собою обсужденіе допустимости выдачи по законамъ государства, требующаго выдачи [5]). Такое заключеніе покоится, однако на нѣкоторомъ недоразумѣніи, а именно — на ошибочномъ предположеніи, будто бы несомнѣнные акты судебной помощи, каковъ напр., допросъ свидѣтелей по дѣлу, производящемуся въ иностранномъ судѣ, обсуждаются исключительно по законамъ мѣста суда. Въ дѣйствительности же всѣ конвенціи установляютъ какъ разъ противоположное правило. Допросъ свидѣтеля по дѣлу,

---

[1]) Liszt, Sind gleiche Grundsätze des intern. Strafrechts anzustreben, S. 13.

[2]) Binding, Handbuch, I, s. 397.

[3]) Мартенсъ, Международное право, II, стр. 364; Martitz, Internationale Rechtshilfe, I, 1888, S. 441.

[4]) Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 316.

[5]) Liszt, Sind gleiche Grundsätze ect. S. 14; Мартенсъ, Международное право, II, стр. 382.

производящемуся въ иностранномъ судѣ, допускается лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы дѣяніе, въ которомъ обвиняется подсудимый, было наказуемо по законамъ того государства, гдѣ предполагается произвести допросъ [1]). Слѣдовательно, станемъ ли мы считать выдачу осуществленіемъ карательной власти или актомъ судебной помощи, и въ томъ и въ другомъ случаѣ наказуемость дѣянія, за которое требуется выдача, согласно установившимся началамъ положительнаго международнаго права, должна обсуждаться по законамъ государства выдающаго. Конечно и начала положительнаго международнаго права могутъ быть подвергаемы критикѣ. Но для того, чтобы измѣнить установившуюся разъ международную практику нужны очень вѣскіе и серьезные доводы. Между тѣмъ, обыкновенно, у писателей, отстаивающихъ по данному вопросу противоположное установившейся практикѣ воззрѣніе, все дѣло ограничивается совершенно голословнымъ утвержденіемъ, будто допустимость актовъ судебной помощи должна обсуждаться по законамъ не помогающаго государства, а того, которому помогаютъ. Тѣ же писатели, которые не ограничиваются такой отвлеченной, логической аргументаціей, а хотя бы стараются пояснить свои выводы конкретными примѣрами, приходятъ въ непримиримое противорѣчіе сами съ собой. Такъ, проф. Мартенсъ, высказавъ на стр. 382, что «выдача должна послѣдовать за всѣ дѣянія, признаваемыя преступными по законамъ мѣста ихъ совершенія, будутъ ли они, да или нѣтъ, наказуемы по законамъ мѣстопребыванія—все равно», на слѣдующей страницѣ оговаривается, «что выдача лица, не совершившаго дѣянія преступнаго по законамъ государства, отъ котораго она требуется, явилась бы актомъ, противнымъ его уголовной совѣсти, всѣмъ его воззрѣніямъ—юридическимъ и нравственнымъ». Но вѣдь одно другому противорѣчитъ? Очевидно, предусматривая это возраженіе, проф. Мартенсъ замѣчаетъ только, что это «соображеніе, конечно, разумно и справедливо, но рѣдко можетъ получить практическое примѣненіе, ибо дѣло касается взаимныхъ отношеній государствъ образованныхъ, европейскихъ, которыхъ понятія и законы уголовные по существу и рѣзко не различаются». Рѣдко? — допустимъ [2]): но все же и между законами такихъ государствъ встрѣчаются суще-

---

[1]) Bard, Précis du droit international, 1883, p. 116. Bulmerincq, Völkerrecht, 1884, S. 253. (Marquardsen's Handbuch, B. I, 2) Lammasch, Staatsverträge, betreffend Rechtshilfe und Auslieferung (Holtzendorf's Handbuch, B. III, № XXI) S. 575.

[2]) Liszt, Sind gleiche Grundsätze etc., S. 15, на котораго въ этомъ мѣстѣ ссылается проф. Мартенсъ, утверждаетъ противоположное: «Trotz Uebereinstimmung in den Normen ist gröszte Verschiedenheit der Strafgesetzgebung möglich; jene kann daher, wenn auf Uebereinstimmung der Gesetzgebung Gewicht gelegt werden soll, nicht zum Kriterium für die Zulässigkeit der Auslieferung gemacht werden.

ственныя различія и самый вопросъ о томъ, на основаніи какого закона слѣдуетъ обсуждать допустимость выдачи за данное дѣяніе, только тогда и возникаетъ, когда таковое различіе существуетъ. А кромѣ того есть одинъ вопросъ уголовнаго права, различія по которому въ отдѣльныхъ законодательствахъ составляютъ, можно сказать, обычное явленіе. Это — опредѣленіе сроковъ давности. По какому же закону слѣдуетъ опредѣлять истеченіе давности? И на этотъ вопросъ проф. Мартенсъ даетъ два другъ другу противорѣчащихъ отвѣта.

«Большинство конвенцій высказывается за давность страны выдающей. Но правильнѣе опредѣлять ее по законамъ государства, требующаго выдачи. Впрочемъ мнѣніе это страдаетъ однимъ недостаткомъ: оно требуетъ отъ государства выдающаго нѣкотораго отреченія отъ своихъ нравственныхъ и юридическихъ воззрѣній, выражающихся въ уголовномъ законѣ. У насъ, напр., отцеубійство не погашается давностью. Вправѣ ли русское правительство требовать, чтобы государство, въ которомъ находится лицо, совершившее это преступленіе, скажемъ лѣтъ 30 тому назадъ, согласилось на выдачу, если по его законамъ срокъ этотъ уже погасилъ возмездіе? Выдача такого преступника стала бы въ разрѣзъ съ юридическою совѣстью государства выдающаго» [1]). Такимъ образомъ, весьма удачно выбраннымъ примѣромъ проф. Мартенсъ самъ доказалъ несостоятельность принятаго имъ взгляда, что выдача есть актъ судебной помощи и, потому, должна обсуждаться на основаніи законовъ державы, требующей выдачи.

Независимо отъ выводовъ, дѣлаемыхъ изъ признанія выдачи актомъ судебной помощи, и самое это признаніе представляется не подкрѣпленнымъ достаточно убѣдительными доводами. Листъ, выставляя свое положеніе, считалъ его безспорнымъ. Биндингъ, хотя и имѣетъ въ виду противоположное воззрѣніе, все-таки ограничивается голословнымъ утвержденіемъ, что выдача совершенно однородна съ допросомъ свидѣтелей по дѣлу, производящемуся въ иностранномъ судѣ. Между тѣмъ, спорный вопросъ въ томъ и заключается — однородна ли выдача съ подобными случаями судебной помощи.

Проф. Мартенсъ, высказавъ положеніе, что «выдача не есть «суррогатъ» права наказанія и она не «замѣняетъ» и не «пополняетъ» судъ и наказаніе государства выдающаго», прибавляетъ затѣмъ, въ видѣ поясненія: «право наказанія имѣетъ только то государство, которое находится въ какомъ-либо юридическомъ отношеніи къ преступнику или къ преступленію». Это могло бы служить доказательствомъ невозможности считать выдачу осуществленіемъ карательной власти только подъ тѣмъ условіемъ, если бы проф. Мартенсъ доказалъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что во

[1]) Мартенсъ, Международное право, II, стр. 424.

всѣхъ случаяхъ, когда имѣется такое «юридическое отношеніе къ преступленію или преступнику», выдача не допускается. Но онъ не только не попытался доказать этого, а даже, напротивъ, нѣсколькими строками ниже отвергаетъ необходимую для аргументаціи предпосылку, высказываясь за выдачу собственныхъ подданныхъ. На страницѣ же 363 его книги подданство какъ разъ отнесено къ юридическимъ отношеніямъ, обосновывающимъ право наказанія.

Обстоятельнѣе другихъ аргументируетъ свое положеніе Мартитцъ. Но и у него вся аргументація опирается на произвольно установленное имъ ad hoc положеніе, будто отправленіе правосудія охраняетъ исключительно національное право [1]): выдача имѣетъ дѣло съ чужимъ правомъ, слѣдовательно она не актъ правосудія, слѣдовательно она не есть осуществленіе карательнаго права.

Не трудно показать совершенную несостоятельность такой аргументаціи. Во-первыхъ, стоитъ вспомнить международное частное право и убѣдиться, что правосудіе не ограничивается защитой только національнаго, туземнаго права. Мартитцъ тутъ, самъ того не замѣчая, приходитъ къ отвергаемой имъ [2]) реальной теоріи Биндинга. Во-вторыхъ, и это важнѣе всего, осуществленіе карательной власти вовсе не всегда и не всецѣло совершается актами правосудія. Карательная власть можетъ быть осуществлена и административными актами. Актъ правосудія составляетъ, собственно, производство суда; примѣненіе же наказанія на основаніи уже состоявшагося о томъ судебнаго приговора есть собственно административная мѣра, почему и относится къ компетенціи уже не судебныхъ, а административныхъ учрежденій. Поэтому, хотя бы выдача и была административной мѣрой, изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы она не могла быть осуществленіемъ карательной власти.

Такимъ образомъ утвержденіе, будто выдача есть только актъ судебной помощи, во всякомъ случаѣ, голословно. Но и опровергнуть его не трудно. Выдачѣ предшествуетъ изслѣдованіе основательности заявленнаго противъ даннаго лица обвиненія, разсмотрѣніе представленныхъ доказательствъ, обыкновенно предварительный арестъ выдаемаго. Все это, по существу своему, слѣдственныя дѣйствія и они совершаются не въ интересѣ и не по требованію иностраннаго правительства. Интересъ государства, домогающагося выдачи, заключается только въ самой выдачѣ. Эти слѣдственныя дѣйствія предпринимаются также не для того, чтобы облегчить иностранному суду постановку приговора, а для выясненія дѣла и постановленія рѣшенія по вопросу о выдачѣ органами государства выдающаго. Бываютъ случаи, когда выдача является актомъ судеб-

[1]) Martitz, Internationale Rechtshilfe, I, S. 449.
[2]) Martitz, Intern. Rechtshilfe, I, 47.

ной помощи: это выдача уже осужденныхъ. Но къ этимъ случаямъ и не примѣняется требованіе о предварительной повѣркѣ основательности обвиненія. Тутъ достаточно доказать, что имѣется вошедшій въ законную силу приговоръ компетентнаго суда и только. Существованіе такого различія, при однородности всѣхъ случаевъ выдачи, было бы рѣшительно непонятно. Если бы всѣ случаи выдачи были въ самомъ дѣлѣ однородны съ такими мѣрами судебной помощи, какъ напр. допросъ свидѣтеля по дѣлу, производящемуся въ иностранномъ судѣ, они бы должны подчиняться тѣмъ же условіямъ примѣненія. Въ дѣйствительности эти условія существенно различны. Для допустимости допроса свидѣтеля достаточно установить фактъ производства уголовнаго дѣла; повѣрки основательности обвиненія не требуется. Для выдачи необходима именно такая повѣрка. Затѣмъ допросъ свидѣтеля возможенъ и по обвиненію собственнаго подданнаго: выдачѣ собственные подданные не подлежатъ. Правда, французско-баварская конвенція 1869 года (актъ 12) не допускаетъ допроса свидѣтелей по обвиненію въ иностранномъ судѣ собственнаго подданнаго. Но это единственное исключеніе, признаваемое даже тѣми, для кого выдача есть только актъ судебной помощи, «довольно страннымъ ограниченіемъ» [1]). Конечно, важнѣе всего первое изъ указанныхъ различій. Если бы выдача была актомъ судебной помощи, а не осуществленіемъ права наказанія, тогда было бы совершенно непонятно, зачѣмъ при выдачѣ требуется доказать основательность обвиненія. Когда помогаешь другому въ его собственномъ дѣлѣ, то и руководишься тѣмъ, что онъ считаетъ нужнымъ. Разсмотрѣніе доказательствъ основательности обвиненія есть, по существу своему, слѣдственное дѣйствіе и, потому, не можетъ не составлять осуществленія права уголовнаго преслѣдованія. Постановленіе о выдачѣ есть актъ, совершенно однородный съ преданіемъ суду: различіе лишь въ томъ, что въ одномъ случаѣ обвиняемый предается туземному суду, а въ другомъ—иностранному.

Нельзя не обратить вниманія также и на то, что только признавая выдачу осуществленіемъ карательной власти выдающаго, можно объяснить общепринятое въ международномъ правѣ начало, по которому выданный можетъ быть судимъ только за дѣяніе, послужившее поводомъ къ выдачѣ. Если бы выдача была только актомъ судебной помощи, только устраненіемъ препятствія для осуществленія карательной власти требующаго выдачи, тогда было бы совершенно непонятно такое ограниченіе. Но если въ выдачѣ видѣть актъ, однородный съ актомъ преданія суду, то ограниченіе является не только вполнѣ понятнымъ, но даже необходимымъ.

Итакъ, слѣдуетъ признать, что выдача обвиняемыхъ есть осуществле-

[1]) *Мартенсъ*. Междун. право, II, 429.

ніе карательной власти и, слѣдовательно, допустимость ея должна, какъ это и установилось въ международной практикѣ, обсуждаться на основаніи законовъ выдающаго государства. Выдача и судъ суть двѣ различныя формы осуществленія карательной власти государства [1]). Допустимость ихъ и in abstracto, и in concreto обсуждается на основаніи однихъ и тѣхъ же законовъ—законовъ мѣстныхъ и, кромѣ того, допустимость ихъ одинаково ограничивается рамками международной уголовной репрессіи (см. выше).

Какъ самая допустимость, такъ и *формы* осуществленія карательной власти, опредѣляются законами мѣста осуществленія. Это положеніе представляется безспорнымъ. Никто не станетъ утверждать, чтобы процедура выдачи или уголовнаго суда и назначеніе наказанія опредѣлялось не мѣстными законами. Если иногда менѣе строгая наказуемость по закону мѣста совершенія и принимается въ соображеніе, то только на основаніи уполномочивающаго къ тому постановленія закона мѣста суда.

Мы свели, такимъ образомъ, всѣ основные вопросы международнаго уголовнаго права къ весьма простой конструкціи и достигли этого только благодаря отдѣленію двухъ, обыкновенно смѣшиваемыхъ, вопросовъ объ объемѣ карательной власти и о соотношеніи разномѣстныхъ уголовныхъ законовъ.

Объемъ карательной власти государства въ отношеніи къ преступленіямъ, учиненнымъ за границей, опредѣляется исторически развивающимися условіями международнаго общенія. Общаго, всегда пригоднаго рѣшенія этотъ вопросъ не допускаетъ. Можно только сказать, что международная уголовная репрессія ограничивается посягательствами лишь на права, получившія международное признаніе и, притомъ, не распространяется на правонарушенія маловажныя.

Вопросъ о взаимномъ соотношеніи уголовныхъ законовъ различныхъ государствъ допускаетъ принципіальное общее рѣшеніе и разрѣшается тѣмъ общимъ началомъ, что каждый юридическій фактъ обсуждается на основаніи закона того мѣста, гдѣ онъ совершается. Поэтому, установленіе права наказанія въ отношеніи къ данному лицу за учиненное имъ дѣяніе обсуждается по закону мѣста совершенія этого дѣянія, причемъ мѣстомъ этимъ слѣдуетъ всегда считать мѣсто нахожденія объекта.

Осуществленіе права наказанія, посредствомъ ли суда или посредствомъ выдачи обвиняемаго, обсуждается по закону мѣста осуществленія и, притомъ, какъ самая допустимость осуществленія, такъ и форма его.

---

[1]) Lammasch, Statsverträge, betreffend Rechtshilfe und Auslieferung, im Holtzendorf's Handbuch, B. III, 1887, § 467.—*Таганцевъ*, Лекціи, I, стр. 410.

Юридическое положеніе нейтральныхъ.

I.

Во время каждой войны на ряду съ воюющими государствами оказываются такія, которыя и сами воздерживаются отъ непосредственнаго участія въ военныхъ дѣйствіяхъ и со стороны воюющихъ не подвергаются прямымъ непріязненнымъ дѣйствіямъ. Эти государства называются нейтральными, и состояніе ихъ—нейтралитетомъ.

Такимъ образомъ нейтралитетъ есть прежде всего фактическое состояніе [1]). Въ какомъ же смыслѣ можно говорить о правѣ нейтралитета? Обыкновенно отъ голаго факта отличаютъ право на нейтралитетъ съ соотвѣтствующей ему обязанностью для нейтральнаго—соблюдать свой нейтралитетъ, для воюющаго—уважать его. Съ этой точки зрѣнія нейтральнымъ по праву можетъ быть признано только то государство, которое соблюдаетъ ограниченія, налагаемыя юридическимъ понятіемъ нейтралитета, какъ институтомъ международнаго права. Не фактическій, а только юридическій нейтралитетъ налагаетъ обязанности на воюющаго и сообщаетъ права нейтральному.

При такой постановкѣ вопроса очень важно дать опредѣленіе нейтралитета, какъ юридическаго института, въ отличіе отъ фактическаго состоянія нейтральности. Такого рода опредѣленія, различныя у отдѣльныхъ писателей, могутъ однако быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ.

Во-первыхъ, руководствуясь очевидно значеніемъ самаго названія—нейтральный—считаютъ юридическимъ нейтралитетомъ такое состояніе государства, когда оно относится одинаково безпристрастно къ обѣимъ воюющимъ сторонамъ. Но такъ какъ при такомъ опредѣленіи нейтралитета пришлось бы признать нейтральнымъ государство одинаково воюющее съ двумя воюющими между собой, то къ этому опредѣленію при-

[1]) Bluntschli, das moderne Kriegsrecht, 2 Aufl. 1874. S. 101 (№ 744).

соединяютъ еще другой признакъ: абсолютное воздержаніе отъ участія въ непріязненныхъ дѣйствіяхъ [1]). Но и съ такимъ добавленіемъ приведенное опредѣленіе представляется несоотвѣтствующимъ дѣйствительности. Трудно найти нейтральное государство, которое бы относилось совершенно одинаково къ обѣимъ воюющимъ сторонамъ. Мало того, очень часто нейтральное государство, не принимая прямого участія въ войнѣ, оказываетъ рѣшительное вліяніе на исходъ военныхъ дѣйствій. Стоитъ вспомнить роль Австріи въ восточную войну 1853—1856 годовъ, роль Россіи въ франко-прусскую, роль Австріи и Англіи въ послѣднюю русско-турецкую войну. Наконецъ, не трудно понять, что полное равенство въ отношеніи къ воюющимъ и невозможно въ дѣйствительности, потому что самыя отношенія эти, въ силу географическихъ, историческихъ, экономическихъ причинъ представляются неодинаковыми. Поэтому, если только сношенія между нейтральнымъ и воюющими не прерываются, неравенство въ нихъ неизбѣжно [2]).

На неудовлетворительность приведеннаго опредѣленія нейтралитета указываетъ уже и то, что международное право знаетъ нейтралитетъ *благопріятный* (neutralité bienveillante). Новѣйшіе писатели, какъ: Блунчли, Гесснеръ, Роленъ-Жакменъ, прямо говорятъ, что нейтралитетъ вовсе не означаетъ равнодушія и безпристрастности [3]).

Сознавая неудовлетворительность разсмотрѣннаго нами опредѣленія, другіе писатели опредѣляютъ нейтралитетъ, какъ сохраненіе государствомъ въ отношеніи къ воюющимъ того же положенія, какое оно занимало до войны [4]). Это опредѣленіе имѣетъ за собою то несомнѣнное преимущество, что не вноситъ въ юридическое опредѣленіе такихъ неопредѣленныхъ признаковъ, какъ безпристрастіе. Но и оно страдаетъ полнымъ несоотвѣтствіемъ дѣйствительному порядку вещей. Еще Отфейль указалъ на то, что война порождаетъ для нейтральныхъ рядъ новыхъ интересовъ, отказываться отъ которыхъ для нихъ нѣтъ никакого основанія [5]). Не ограничиваясь этимъ, можно указать, что при современныхъ тѣсныхъ связяхъ между государствами война не только побуждаетъ, но и рѣшительно вынуждаетъ нейтральныя государства, сообразуясь съ измѣнившимися, благодаря началію военныхъ дѣйствій, обстоятельствами, измѣнить и свои отношенія и притомъ не только къ воюющимъ, но и другимъ нейтральнымъ.

Итакъ, обѣ попытки опредѣлить нейтралитетъ какъ юридическое понятіе привели къ наложенію на нейтральныхъ совершенно невозмож-

---

[1]) Напр. Vattel, droit des gens. éd. Pradier-Fodéré. II. p. 443.

[2]) Brocher, revue de droit intern. 1873. p. 566.

[3]) Bluntschli, S. 104 (№ 753); Gessner, le droit des neutres. 1876. p. 26.

[4]) Напр. Martens (Précis, § 305).

[5]) Hautefeuille, I, p. 186.

ныхъ обязанностей. Остается принять, слѣдуя примѣру Ок-Маннинга и, въ особенности, Кальво, такое опредѣленіе нейтралитета, которое ограничивается однимъ признакомъ—неучастіемъ въ войнѣ [1]).

Но, скажутъ, это не юридическое опредѣленіе, а простое списаніе фактическаго состоянія нейтральности. Я понимаю это, и если считаю указанное опредѣленіе удовлетворительнымъ, то не почему иному, какъ потому, что въ нейтралитетѣ не вижу вовсе никакихъ признаковъ юридическаго института, а голый фактъ. Въ оправданіе такого взгляда позволю себѣ указать читателю на то, что различеніе нейтралитета, какъ юридическаго института, отъ нейтральности, какъ фактическаго состоянія, еслибъ оно даже могло удасться кому-нибудь впослѣдствіи, представляется, по крайней мѣрѣ на современной ступени развитія положительнаго международнаго права, совершенно безплоднымъ. Какая въ самомъ дѣлѣ можетъ быть практическая цѣль такого различенія? Единственно — выясненіе того, въ какихъ случаяхъ, при такихъ условіяхъ воюющія могутъ перестать уважать нейтралитетъ даннаго государства, другими словами—начать противъ него непріязненныя дѣйствія. Но въ настоящее время уже сознали, что разсужденія о томъ, когда государство можетъ и когда не можетъ объявлять войны, совершенно безцѣльны, потому что государства руководствуются при объявленіи войны единственно своими собственными интересами. Если имѣются достаточные шансы на побѣду, если потери и жертвы, которыхъ требуетъ война, окупаются тѣмъ интересомъ, для охраненія котораго предполагается вести войну, законный поводъ къ войнѣ, такъ или иначе, всегда найдется [2]).

Точно такой же характеръ имѣютъ и разсужденія о правѣ государства на нейтралитетъ. Нейтральность государства обусловлена не только его собственнымъ неучастіемъ въ войнѣ, но также и тѣмъ, чтобы другое государство не предпринимало противъ него военныхъ дѣйствій. Слѣдовательно, прекращеніе нейтральности даннаго государства зависитъ и отъ произвола воюющихъ. Какую же цѣну, какое значеніе можетъ имѣть это пресловутое право быть нейтральнымъ?

Внесеніе въ изложеніе такихъ праздныхъ разсужденій прямое наслѣдство схоластики; оно не только по-пусту отнимаетъ время, но и отзывается самымъ вреднымъ образомъ на общемъ характерѣ и достоинствѣ изложенія. Оно затемняетъ дѣйствительные предѣлы того круга вопросовъ международной жизни, гдѣ имѣетъ и можетъ имѣть примѣненіе право. Облекая чисто фактическія отношенія между государствами обманчивымъ обликомъ правовыхъ отношеній, такое изложеніе не можетъ дать яснаго и опредѣленнаго понятія ни о фактической, ни о правовой

---

[1]) Calvo, II, p. 316, 317.

[2]) Hautefeuille, I, p. 275.

сторонѣ международной жизни въ отдѣльности, не говоря уже о соотношеніи этихъ двухъ сторонъ между собой.

По всему этому мнѣ представляется гораздо цѣлесообразнѣе, отбросивъ совершенно безцѣльное и невыполнимое различеніе факта и права въ понятіи нейтралитета, отправляться въ своемъ изложеніи отъ представленія о нейтралитетѣ, какъ голомъ фактѣ.

Но если нейтралитетъ есть просто фактическое состояніе, то это еще не значитъ, чтобы не существовало или не было надобности въ юридическомъ ученіи о нейтралитетѣ. Измѣненіе фактическихъ отношеній измѣняетъ содержаніе и соотношеніе между собой людскихъ интересовъ, а вмѣстѣ съ этимъ измѣняются и права въ субъективномъ смыслѣ: одни исчезаютъ, другіе нарождаются, третьи видоизмѣняются, такъ какъ при измѣнившемся соотношеніи интересовъ юридическая охрана ихъ ставится въ другія условія.

Такъ и фактическое отношеніе нейтралитета имѣетъ большое вліяніе на права участниковъ международной жизни. Состояніе войны подрываетъ господство юридическаго порядка въ международной жизни, хотя и не вовсе устраняетъ его, даже въ отношеніи къ воюющимъ. Прямой интересъ нейтральныхъ въ томъ, чтобы чужая распря по возможности меньше отзывалась на нихъ, чтобы по возможности менѣе ограничивалось въ отношеніи къ нимъ господство международнаго юридическаго порядка. Къ опредѣленію степени ограниченія этого господства, какъ оно установлено международной практикой и какъ оно можетъ быть согласовано съ самымъ существомъ отношенія—и сводится все юридическое ученіе о нейтралитетѣ. Мнѣ кажется, по крайней мѣрѣ, что при такой постановкѣ вопроса, съ одной стороны, устраняются сами собой всѣ праздныя, не имѣющія никакого юридическаго значенія разсужденія, а съ другой—получается возможность въ простой и естественной системѣ изложить послѣдовательно всѣ практическіе вопросы о юридическомъ положеніи нейтральныхъ.

Содержаніе праву дается тѣми интересами, которые оно охраняетъ. Въ различіи этихъ интересовъ и лежитъ основаніе различія самыхъ правъ. Такъ и содержаніе права нейтралитета опредѣляется тѣмъ интересомъ, который составляетъ его матеріальную подкладку. Я только-что указалъ на этотъ интересъ, заключающійся въ полномъ сохраненіи международнаго юридическаго порядка въ отношеніи нейтральныхъ [1]. Блунчли, высказывая въ сущности тоже самое [2], говоритъ, однако, о

---

[1]) Bischof, Seerecht, 1868. S. 54.

[2]) Bluntschli, S. 101 (№ 742): Neutralität heisst Nichtbetheiligung an dem Kriege Dritter und daher Behauptung des Friedensordnung für den eigenen Bereich. S. 119 (№ 783): Für die neutralen Staaten dauert das Friedensrecht fort, auch im Verhältniss zu den kriegführenden Staaten.

«мирномъ», а не просто о юридическомъ порядкѣ. Мнѣ кажется, говорить о сохраненіи *мирнаго* порядка—не точно: все ученіе о нейтралитетѣ и возникаетъ лишь потому, что сохранить вполнѣ тотъ же порядокъ, какой существуетъ въ мирное время, невозможно даже и для нейтральныхъ. Иначе права нейтральныхъ были бы тождественны съ правами мирныхъ государствъ вообще. Но въ ограниченномъ, стѣсненномъ объемѣ юридическій порядокъ продолжаетъ господствовать и въ отношеніяхъ воюющихъ между собой. Современныя войны не влекутъ за собой наступленія вполнѣ безправнаго состоянія. Чѣмъ же въ такомъ случаѣ право нейтральныхъ отличается отъ права воюющихъ?

Сохраненіе юридическаго порядка въ томъ смыслѣ, что подданные другого государства продолжаютъ разсматриваться не какъ объекты, а какъ субъекты правъ, имѣютъ мѣсто и въ отношеніи между воюющими. Общечеловѣческія права, признанныя во всемъ международномъ союзѣ и независящія отъ принадлежности лица къ данному государству, охраняются и за непріятельскими подданными [1]). Въ отношеніи къ нейтральнымъ юридическій порядокъ полнѣе. Воюющія признаютъ исключительное господство надъ нейтральными ихъ собственнаго правительства [2]). Между тѣмъ въ отношеніи къ подданнымъ непріятельскимъ дѣлается какъ разъ противное. Военныя дѣйствія прямо направлены къ изъятію непріятельскихъ подданныхъ изъ подъ власти ихъ правительства и къ подчиненію ихъ собственной или вообще новой власти. Воюющее государство въ силу военныхъ операцій необходимо ставится въ непосредственное отношеніе къ непріятельскимъ подданнымъ. Въ этомъ смыслѣ публицисты называютъ непріятельскихъ подданныхъ пассивными участниками войны [3]). Поэтому избытокъ правъ нейтральныхъ подданныхъ сравнительно съ правами непріятельскихъ выражается въ томъ, что они сохраняютъ возможность подчиняться исключительно существующей въ ихъ государствѣ власти. Этотъ интересъ—подчиненіе лишь собственному правительству—есть, конечно, интересъ производный, заключающійся въ лучшей, надежнѣйшей охранѣ другихъ правъ, въ основѣ которыхъ лежатъ уже первичные бытовые интересы. Но и этотъ интересъ имѣетъ значеніе не исключительно формальное, юридическое, но и матеріальное, именно—экономическое, такъ какъ болѣе надежная охрана имущества и вообще благъ сообщаетъ имъ относительно большую цѣнность [4]).

Изъ сдѣланнаго опредѣленія содержанія права нейтралитета само-

---

[1]) Bluntschli, S. 8 (№ 529. 3).

[2]) Bluntschli, S. 119 (№ 784); Kaltenborn, Seerecht, II, S. 382.

[3]) Calvo, II, p. 167.

[4]) См. объ этомъ Schlossman, Der Vertrag. 1876. § 32.

собой вытекаетъ то, при какихъ условіяхъ возможно было возникновеніе этого права.

Во-первыхъ, необходимо было, чтобы былъ признанъ международный порядокъ, чтобы граждане другого государства не считались вовсе безправными и чтобы этотъ порядокъ сохранялся, хотя бы и съ ограниченіями, и во время войны.

Во-вторыхъ, необходимо было возникновеніе тѣсныхъ и постоянныхъ связей между отдѣльными государствами, установленіе между ними близкаго общенія. Покуда этого общенія не было, или оно было еще въ зачаточномъ состояніи—война не могла значительно вліять на интересъ государствъ, не сопричастныхъ ей. Кого станетъ интересовать нейтралитетъ какой-нирудь бирманской имперіи во время войны въ Европѣ?

Разъ эти два условія на-лицо, фактическое состояніе нейтралитета влечетъ само собой юридическія послѣдствія.

Какое же значеніе имѣютъ декларації о нейтралитетѣ? Установительной, конститутивной силы онѣ не имѣютъ: нейтралитетъ установляется фактическимъ состояніемъ неучастія въ войнѣ [1]). Тѣмъ не менѣе обычай издавать при началѣ каждой войны такія декларації представляется какъ нельзя болѣе разумнымъ и важнымъ. Преимущественное значеніе въ этихъ декларацiяхъ имѣетъ не самое объявленіе о нейтралитетѣ—о немъ узнаютъ обыкновенно раньше и помимо декларації,—но тѣ правила, которыя нейтральное правительство признаетъ обязательными для себя и своихъ подданныхъ. Съ этой стороны представляютъ такое же значеніе и декларації воюющихъ о томъ, какими началами намѣрены они руководствоваться въ своихъ отношеніяхъ къ нейтральнымъ [2]).

Кромѣ этихъ деклараційй, издаваемыхъ уже при началѣ войны, послѣ ея объявленія, нейтралитетъ государства и его условія могутъ быть заранѣе обезпечены и опредѣлены международными договорами и притомъ не въ виду какой-нибудь опредѣленной войны, а въ виду всѣхъ войнъ вообще. Такой договорный нейтралитетъ представляетъ особенное значеніе въ отношеніи небольшихъ слабыхъ государствъ, раздѣляющихъ своей территоріей владѣнія могущественныхъ сосѣдей. Имъ грозитъ постоянная опасность стать театромъ военныхъ дѣйствій своихъ сосѣдей, и потому для нихъ прямой интересъ обезпечить себѣ въ этомъ отношеніи безопасность международными трактатами. Весьма естественно поэтому, что Швейцарія съ начала своего существованія стремилась обезпечить себѣ нейтралитетъ договорами съ сильными державами, въ особенности съ Франціей и Австріей. Во время революціонныхъ войнъ

[1]) Bluntschli, S. 103 (№ 749).

[2]) Hautefeuille, I, p. 233; Calvo, II, p. 389.

нарушенія нейтралитета Швейцаріи повторялись съ обѣихъ сторонъ нѣсколько разъ. Въ 1803 году Наполеонъ далъ въ актѣ медіаціи формальную гарантію ея нейтралитета и уважалъ его до конца своего царствованія. Но союзники не считали его для себя обязательнымъ, и въ 1813 году австрійскіе войска, подъ начальствомъ Шварценберга, прошли чрезъ Швейцарію, направляясь къ Бельфору. На вѣнскомъ конгрессѣ вѣчный нейтралитетъ Швейцаріи былъ торжественно подтвержденъ. Но возвращеніе Наполеона съ Эльбы побудило союзниковъ заставить швейцарскія войска принять участіе въ походѣ противъ Франціи. Окончательно нейтралитетъ Швейцеріи былъ провозглашенъ только парижской декларацією 1815 года, ноября 20. Кромѣ Швейцаріи, въ настоящее время пользуются вѣчнымъ договорнымъ, или гарантированнымъ нейтралитетомъ еще Бельгія (по лондонскому трактату 15 ноября 1831 г.), Люксембургъ (лондонскій договоръ 11 мая 1867 г.) и Сербія (парижскій трактатъ 30 марта 1856 г.) [1]).

Договорный нейтралитетъ (neutralité conventionnelle) составляетъ частный видъ нейтралитета. Въ сочиненіяхъ по международному праву выставляютъ и другіе виды нейтралитета: нейтралитетъ частный и общій, полный и ограниченный и проч. Но всѣ эти дѣленія не имѣютъ большаго значенія [2]). Что касается вооруженнаго нейтралитета, то мы его разсмотримъ, когда будемъ говорить о положеніи нейтральныхъ въ открытомъ морѣ.

Для того, чтобы разсмотрѣть подробности содержанія права нейтралитета, необходимо анализировать общую формулу, выражающую это содержаніе, и разобрать ее въ примѣненіи къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ положенія нейтральныхъ. Всѣ эти случаи мы сведемъ къ тремъ: положеніе нейтральнаго на нейтральной же территоріи, положеніе его на непріятельской и, наконецъ, въ открытомъ морѣ.

II.

Общій интересъ, составляющій содержаніе права нейтралитета, или права нейтральныхъ—сохраненіе господства юридическаго порядка—въ примѣненіи къ нейтральной территоріи выражается въ стремленіи оградить ея неприкосновенность, съ одной стороны, прямымъ недопущеніемъ на ней какихъ-либо военныхъ операцій, а съ другой — устраненіемъ всего, что можетъ повлечь за собой перенесеніе театра военныхъ дѣйствій на нейтральную территорію [3]).

---

[1]) Calvo, II, p. 352; Bluntschli, S. 102 (№ 745); Wheaton, Elements, II, p. 73—83.

[2]) Hautefeuille, I, p. 203; Calvo, II, p. 381; Philimore, Commentaries, III, p. 226; Saalfeld, Handbuch, S. 272.

[3]) Calvo, II, p. 405; Phillimore, III, p. 283.

Такъ какъ государственная территорія слагается какъ изъ суши, такъ и изъ той части открытаго моря, которую покрываетъ береговая артиллерія, и такъ какъ свойства этихъ двухъ составныхъ частей территоріи существенно различны, то я и разсмотрю ихъ отдѣльно.

Суша или собственно территорія государства гораздо полнѣе подчиняется господству государственной власти; поэтому и неприкосновенность ея уважается строже, безусловнѣе, нежели неприкосновенность морской территоріи. Не только примѣненіе силы со стороны воюющей державы въ отношеніи къ непріятельскимъ подданнымъ или ихъ имуществамъ, находящимся на нейтральной территоріи [1]), но и самый проходъ войскъ чрезъ нее не допускается [2]). Это запрещеніе не устраняется даже въ тѣхъ случаяхъ, когда обычный путь сообщенія пролегаетъ чрезъ нейтральную территорію. Такъ, жители нѣкоторыхъ округовъ Бадена и французскіе савояры ѣздятъ обыкновенно въ столицы по желѣзнымъ дорогамъ, идущимъ частью по швейцарской территоріи. Во время франко-прусской войны призванные къ отправленію воинской повинности они выбрали естественно тотъ же путь. Въ виду этого, швейцарское союзное правительство предписало допускать проѣздъ такихъ лицъ лишь подъ условіемъ, чтобы они не были вооружены и не носили военной формы [3]). Старые писатели полагали, напротивъ, что государство, ведущее справедливую войну, можетъ требовать безпрепятственнаго прохода для своихъ войскъ, и въ случаѣ отказа даже пройти самовольно [4]). Но большинство новѣйшихъ писателей, опираясь на то, что предоставленіе воюющимъ такого права было бы равносильно отрицанію суверенности нейтральной государственной власти и подчиняло бы косвенно нейтральную территорію власти воюющихъ сторонъ, не только отвергаютъ это воззрѣніе, но и считаютъ даже, что нейтральный *обязанъ* не допускать прохода войскъ воюющей державы чрезъ свою территорію. Во всякомъ случаѣ, допущеніе такого прохода на дѣлѣ всегда грозитъ тѣмъ, что нейтральная территорія сдѣлается театромъ военныхъ дѣйствій и нейтралитетъ, такимъ образомъ, будетъ нарушенъ [5]). Въ виду этой фактической опасности нарушенія нейтралитета со стороны другой воюющей державы, не можетъ, кажется, какъ думаютъ иные [6]), имѣть большаго значенія предварительное установленіе договоромъ обязанности на случай войны пропускать войска контра-

---

[1]) Martens, Précis. II, p. 308 и 310; Saalfeld, Handbuch, S. 277; Wheaton, Eléments, II, p. 86.

[2]) Bluntschli, S. 112 (№ 770).

[3]) Bluntschli, S. 112 (№ 770).

[4]) Vattel, II, p. 473.

[5]) Hautefeuille, I, p. 246 и 309.

[6]) Bluntschli, S. 113 (№ 771).

гента. Существованіе такого договора не можетъ помѣшать другой воюющей сторонѣ вторгнуться въ нейтральную территорію, если тамъ находится непріятельская армія. Къ тому же, и для внутренняго порядка нейтральнаго государства проходъ иноземныхъ войскъ представляетъ большую опасность, такъ какъ войско пользуется экстерриторіальностью и потому не подчиняется территоріальной власти [1]). На основаніи правила, что нейтральная территорія не можетъ служить мѣстомъ военныхъ дѣйствій, вытекаетъ и недопущеніе по ней провоза военныхъ транспортовъ и военно-плѣнныхъ [2]). Такъ какъ военный плѣнъ обусловленъ исключительно состояніемъ войны и такъ какъ на нейтральной территоріи сохраняется миръ, то плѣнные, попавшіе на нее, уже тѣмъ самымъ дѣлаются свободными. Поэтому нельзя признать согласнымъ съ началами международнаго права поведеніе Баваріи въ 1859 году, дозволившей Австріи проводъ плѣнныхъ французовъ [3]).

Запрещеніе прохода войскъ воюющихъ державъ по нейтральной территоріи не исключаетъ, однако, права убѣжища на ней войскамъ, преслѣдуемымъ непріятелемъ [4]). Но такія войска, и даже отдѣльные солдаты, должны подчиняться требованіямъ нейтральнаго правительства, направленнымъ къ тому, чтобы лишить ихъ пребываніе всякаго непріязненнаго характера для другой воюющей стороны. Ихъ обезоруживаютъ и даже удаляютъ по возможности отъ границы, прилегающей къ театру военныхъ дѣйствій [5]). Нейтральное правительство обязано ихъ содержать, но можетъ требовать за это вознагражденія отъ того государства, которому принадлежатъ войска. Новѣйшая практика предоставляетъ даже нейтральному jus retentionis въ отношеніи къ артиллерійскому парку и обозу, имѣющимся при войскѣ. Въ франко-прусскую войну въ Швейцарію зашла цѣлая армія генерала Бурбаки. По этому поводу 1 февраля 1871 года, Швейцарія чрезъ посредство генерала Герцога заключила договоръ съ французскимъ генераломъ Кленшаномъ (Clinchamp), по которому все имущество арміи должно было быть передано швейцарскому правительству и возвращено Франціи только по вознагражденіи за содержаніе арміи. Впрочемъ, въ ту же войну Бельгія не только возвратила безъ задержки всѣ попавшія къ ней военныя принадлежности, оружіе и лошадей, но и вовсе отказалась отъ вознагражденія за содержаніе скрывшихся на ея территоріи французскихъ солдатъ [6]).

---

[1]) Calvo, I, p. 679.
[2]) Saalfeld, S, 280 и 283.
[3]) Calvo, II, p. 407.
[4]) Bluntschli, S. 114 (№ 774).
[5]) Bluntschli, S. 114 (№ 776).
[6]) Calvo, II, p. 400.

Еще несомнѣннѣе представляется обязанность нейтральнаго правительства укрыть на своей территоріи раненыхъ и больныхъ воиновъ [1]). Тѣ изъ нихъ, которые не могутъ разсчитывать на выздоровленіе, или, если могутъ, то не скоро, могутъ даже быть по обезоруженіи отпущены домой. Между тѣмъ какъ здоровые и легко раненые удерживаются въ нейтральной территоріи до конца войны [2]).

Понятно, что, требуя отъ воюющихъ уваженія неприкосновенности своей территоріи, само нейтральное правительство должно заботиться о томъ, чтобы на ней не происходило прямыхъ непріязненныхъ дѣйствій въ отношеніи къ воюющимъ. Точно опредѣлить, что именно нейтральное правительство не должно допускать на своей территоріи, — невозможно. Слабое государство можетъ быть въ этомъ отношеніи вынуждено воюющимъ къ большимъ стѣсненіямъ, нежели сильное, могущественное. Такъ, во время франко-прусской войны Бельгія и Швейцарія уважили требованія германскаго правительства относительно продажи Франціи оружія, но Англія отклонила это требованіе, какъ вовсе неоправдываемое международнымъ правомъ [3]). Можно сказать, что обыватели нейтральной территоріи могутъ дѣлать безпрепятственно все то, что и въ мирное время. Поэтому простое выраженіе сочувствія или несочувствія къ одному изъ воюющихъ [4]); сборы пожертвованій на раненыхъ [5]); подписка на правительственные займы воюющаго [6]); продажа съѣстнаго [7]) и даже оружія [8]); отъѣздъ въ непріятельскую землю, хотя бы съ цѣлью поступить волонтеромъ [9]); созывъ и отправка непріятельскихъ подданныхъ, подлежащихъ призыву, къ отбыванію воинской повинности—[10]) все это такія дѣйствія, допущеніе которыхъ на нейтральной территоріи не даетъ права воюющимъ нарушить ея неприкосновенность. Но если дѣйствія имѣютъ непосредственное отношеніе къ военнымъ дѣйствіямъ и по своимъ размѣрамъ принимаютъ угрожающій характеръ, то допущеніе ихъ лишаетъ нейтральное государство требовать отъ воюющаго уваженія неприкосновенности его владѣній. Таковы: устройство въ нейтральномъ государствѣ арсеналовъ, или военныхъ магазиновъ, мастер-

---

[1]) Bluntschli, S. 116 (№ 776).
[2]) Calvo, II, p. 401.
[3]) Calvo, II, p. 395.
[4]) Bluntschli, S. 104 (№ 753 a).
[5]) Calvo, II, p. 397; Brocher, Revue de droit intern. 1873, p. 570.
[6]) Bluntschli, S. 111 (№ 768); Brocher, Revue de droit intern. 1873, p. 571.
[7]) Bluntschli, S. 111 (№ 767), Calvo, II, p. 398.
[8]) Martens, Précis, II, p. 319; Bluntschli, S. 110 (№ 705); contra: Gessner, p. 926 et ss.
[9]) Bluntschli, S. 106 (№ 758); Brocher, Revue de droit intern. 1873, p. 568.
[10]) Calvo, II, p. 393; Bluntschli, S. 112 (№ 770).

скихъ [1]) и въ особенности, наборъ рекрутъ и образованіе цѣлыхъ отрядовъ волонтеровъ для отправки въ воюющую армію [2]). Но, какъ я уже замѣтилъ границы между тѣмъ, что можетъ быть допущено и что нѣтъ, крайне неопредѣленны и обусловливаются въ каждомъ данномъ случаѣ фактическимъ соотношеніемъ силъ и положеніемъ нейтральнаго. Немудрено поэтому, что по каждому отдѣльному вопросу, какъ въ практикѣ, такъ и въ теоріи, мы встрѣчаемъ колебанія то въ ту, то въ другую сторону.

Вопросъ о допущеніи нейтральныхъ подданныхъ опредѣляться волонтерами въ арміи воюющихъ представляетъ одинъ изъ наиболѣе интересныхъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и наименѣе разъясненныхъ вопросовъ. Недопущеніе прямой вербовки со стороны воюющихъ еще не предполагаетъ запрещенія свободной отправки самихъ нейтральныхъ подданныхъ волонтерами. Если обратиться къ внутреннимъ государственнымъ законамъ и декларацiямъ о нейтралитетѣ, то участіе въ войнѣ нейтральныхъ волонтеровъ представляется вовсе запрещеннымъ [3]). Между тѣмъ, въ дѣйствительности не обходится ни одной войны безъ участія въ большей или меньшей степени нейтральныхъ волонтеровъ. Какъ на новѣйшіе, болѣе крупные примѣры можно указать на итальянскихъ волонтеровъ въ франко-прусскую войну, русскихъ въ сербско-турецкую.

Что касается территоріальнаго моря, то и въ немъ не допускаются непріязненныя дѣйствія. Неприкосновенность берегового моря тоже ограничиваютъ, допуская преслѣдованіе непріятельскаго судна, скрывающагося въ территоріальное море. Для каперовъ такое преслѣдованіе безусловно запрещено [4]). Для военныхъ судовъ это право отстаивалъ Бинкершукъ и Гальяни. Но теперь оно всѣми отвергается и для нихъ [5]). Ортоланъ допускаетъ его въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло происходитъ передъ пустыннымъ, необитаемымъ берегомъ [6]). Но и съ такимъ ограниченіемъ оно не признается другими авторитетами [7]).

Простой, не сопровождаемый непріязненными дѣйствіями, проѣздъ кораблей воюющей державы чрезъ нейтральное территоріальное море не составляетъ нарушенія его неприкосновенности, развѣ это прямо было запрещено нейтральнымъ правительствомъ [8]). Эта особенность

---

[1]) Bluntschli, S. 116 (№ 777).

[2]) Calvo, II, p. 392.

[3]) См. Phillimore, III, p. 277; Ortolan, Diplomatie de la mer. Примѣры декларацій о нейтралитетѣ во второмъ томѣ, въ приложеніяхъ.

[4]) Martens, Essai sur les armateurs, p. 66.

[5]) Phillimore, III, p. 285; Wheaton, Elements, II, p. 83.

[6]) Ортоланъ, морское международное право, стр. 181.

[7]) Calvo, II, p. 410; Hautefeuille, I, p. 320—331.

[8]) Bluntschli, S. 113 (№ 772); Calvo, II, p. 407; Hautefeuille, I, p. 314.

обусловлена самою природой морской территоріи. Проходъ по ней совершенно безопасенъ для нейтральнаго и часто можетъ остаться даже вовсе ему неизвѣстнымъ.

Относительно стоянки въ нейтральныхъ гаваняхъ примѣняются также болѣе либеральныя начала. Допускается не только вынужденная стоянка (relâche forcée), но и добровольная (relâche volontaire), такъ что въ отношеніи къ кораблямъ воюющихъ державъ признается не только собственно право убѣжища (refuge), но и, если позволено такъ перевести droit d'asyle — право пристанища [1]). Мало того, если корабль воюющей державы входитъ въ нейтральный портъ, это не влечетъ за собою его разоруженія и задержанія до окончанія войны [2]). Обратный выходъ свободенъ. Но для того, чтобъ стоянка въ нейтральной гавани не могла служить средствомъ болѣе легкаго, удобнаго нападенія на непріятельскіе корабли, судно одной воюющей стороны не можетъ выдти изъ гавани раньше, чѣмъ черезъ 24 часа послѣ выхода изъ нея судна другой воюющей державы. Притомъ, если одновременно желаютъ выдти оба судна, преимущество отдается тому, которое вошло въ гавань раньше. О своемъ желаніи выдти изъ гавани каждое судно воюющихъ державъ обязано сообщить за 24 часа портовому начальству. Если въ гавани находятся суда другаго воюющаго, вошедшіе притомъ раньше въ гавань, они могутъ воспользоваться преимуществомъ перваго выхода въ теченіи слѣдующихъ 24 часовъ. Если они не пожелаютъ выдти, это право предоставляется просившему въ теченіи тѣхъ же 24 часовъ. Если въ этотъ срокъ оно не выполнитъ своего намѣренія, оно потомъ должно просить новаго позволенія тѣмъ же порядкомъ [3]). Самое пребываніе военныхъ кораблей воюющихъ въ нейтральной гавани подлежитъ цѣлому ряду ограничительныхъ условій. Съ призами они допускаются только на вынужденную стоянку (relâche forcée), или только на 24 часа; запрещается продажа призовъ, еще неприсужденныхъ, и высадка плѣнныхъ, развѣ подъ условіемъ ихъ освобожденія [4]). Какъ и на сушѣ, такъ и на морской территоріи нейтральное правительство не можетъ терпѣть, чтобы подданные дружественной ей державы удерживались въ плѣну [5]). Впрочемъ, высадка можетъ быть иногда необходима въ интересахъ самихъ плѣнныхъ, напр., въ случаѣ распространенія на кораблѣ заразительной болѣзни [6]). Плѣнные, нахо-

---

[1]) Calvo, II, p. 419; Bluntschli, S. 114 (№ 773).

[2]) Ibidem, p. 420; Hautefeuille, I, 347.

[3]) Hautefeuille, I, p. 364—367; Calvo, II, p. 425.

[4]) Hautefeuille, I, p. 393—405 и декларации Франціи 10 іюня 1861 г. и Италіи 17 іюня 1861 г. и др. у Ortolan, Diplomatie de la mer, II приложенія.

[5]) Calvo, II, p. 428.

[6]) Hautefeuille, II, p. 396.

дящіеся на бортѣ корабля, считаются въ силу экстерриторіальности военныхъ кораблей внѣ нейтральной земли.

Относительно всѣхъ вообще военныхъ кораблей установляется то ограниченіе, что одновременно можетъ находиться въ нейтральной гавани лишь опредѣленное число ихъ, отъ 4 до 8 [1]). Находясь въ нейтральной гавани, кромѣ само собой понятной и общей для всѣхъ, даже нейтральныхъ кораблей, обязанности соблюдать миръ, военные корабли воюющихъ не могутъ:

1) увеличивать число пушекъ и вообще усиливать свое вооруженіе.

2) Умножать число экипажа, хотя бы набирая охотниковъ изъ своихъ соотечественниковъ.

Принимать мѣры къ выслѣживанію непріятельскихъ кораблей и разузнанію ихъ силъ и средствъ [2]).

Всѣ эти ограниченія, какъ и ограниченія относительно выхода изъ гавани, не примѣняются къ судамъ торговымъ, хотя бы грузъ ихъ состоялъ изъ военной контрабанды [3]).

Какъ въ отношеніи къ сушѣ, такъ и въ отношеніи къ своимъ гаванямъ нейтральное правительство, требуя уваженія ихъ неприкосновенности, само должно заботиться о томъ, чтобы въ нихъ не совершалось никакихъ непріязненныхъ, угрожающихъ одной изъ воюющихъ сторонъ, дѣйствій. Особенный практическій интересъ представляетъ вопросъ о вооруженіи въ нейтральныхъ гаваняхъ крейсеровъ для воюющихъ. Я остановлюсь нѣсколько подробнѣе на извѣстномъ дѣлѣ Алабамы, «Alabama Claims».

29 іюля 1862 года Алабама, небольшая канонерка, вышла, не имѣя на себѣ ни одной пушки, ни даже ружья, изъ Мерсея, направилась къ азорскимъ островамъ и дорогою получила подкрѣпленіе экипажа. Въ виду Терсейры она соединилась съ двумя кораблями, изъ которыхъ одинъ былъ изъ Лондона, другой — изъ Ливерпуля. Эти корабли привезли ей командира, офицеровъ, все вооруженіе и провіантъ. Перегрузка была совершена въ порядочномъ разстояніи отъ португальскаго берега. Потомъ подняли южно-американскій федеральный флагъ и Алабама отправилась въ крейсерство. Изъ всѣхъ крейсеровъ, которые были сооружены южанами, благодаря терпимости Англіи, Алабама принесла сѣверянамъ наибольшій вредъ, почему и дала свое имя всему дѣлу.

Первая нота со стороны вашингтонскаго правительства, въ которой указывалось на виновность Англіи, способствовавшей своимъ бездѣйствіемъ сооруженію крейсеровъ, и требовалось вознагражденіе, была

---

[1]) Heutefeuille, I, p. 352; Calvo, II, p. 423.

[2]) Hautefeuille, I, p. 354; Calvo, II, p. 424.

[3]) Hautefeuille, I, p. 405; Calvo, II, p. 427.

адресована американскимъ посланникомъ въ Лондонѣ Адамсомъ къ сенъ-джемскому кабинету отъ 7 апрѣля 1865 года. Она вызвала обмѣнъ цѣлаго ряда нотъ съ обѣихъ заинтересованныхъ сторонъ. Хотя англійское правительство признавало притязанія вашингтонскаго правительства неосновательными и считало несогласнымъ съ достоинствомъ Англіи подвергнуть ихъ третейскому обсужденію, однако, для избѣжанія подобныхъ столкновеній на будущее время, оно составило коммисію изъ извѣстнѣйшихъ юристовъ, возложивъ на нее обязанность разсмотрѣть вопросъ о томъ, требуются-ли и какія именно измѣненія въ англійскомъ дѣйствующемъ законодательствѣ въ этомъ отношеніи. Коммисія пришла къ тому заключенію, что необходимо воспретить не только оснастку, вооруженіе и отправку крейсеровъ для воюющихъ, но и самую постройку ихъ въ Англіи, когда она остается нейтральной. Одинъ только членъ коммисіи Вернонъ Гаркуръ (пишущій подъ псевдонимомъ Historicus) находилъ такое запрещеніе несогласнымъ съ интересами Англіи. Министерство не приняло цѣликомъ заключеній коммисіи и, составляя проектъ новаго закона объ обязанностяхъ, налагаемыхъ на англійскихъ подданныхъ нейтралитетомъ ихъ отечества, выбрало средній путь. Между тѣмъ, еще во время обсужденія этого проекта, новый американскій посланникъ въ Лондонѣ Реверди Джонсонъ снова поднялъ дѣло объ Алабамѣ. По соглашенію съ лордомъ Стэнли, а потомъ Кларендономъ, онъ выработалъ проектъ конвенціи, по которой дѣло должно быть передано на разрѣшеніе коммисіи изъ двухъ англичанъ и двухъ американцевъ. Но американскій сенатъ не принялъ этого проекта. Наконецъ въ началѣ 1871 года достигнуто было соглашеніе, выразившееся окончательно въ вашингтонскомъ договорѣ 8 мая, который передавалъ все дѣло на разрѣшеніе третейскаго суда и установлялъ самые принципы, коими этотъ судъ долженъ былъ руководствоваться при постановленіи приговора. Эти принципы выражены въ такъ называемыхъ «трехъ правилахъ». Вотъ ихъ содержаніе.

«Нейтральное правительство обязано:

«1) Употреблять все возможное стараніе, чтобы воспрепятствовать оснасткѣ и вооруженію всякаго судна, въ отношеніи къ которому имѣются достаточныя основанія предполагать, что оно предназначается для крейсировки, или для участія въ военныхъ дѣйствіяхъ противъ государства, съ которымъ нейтральное сохраняетъ миръ, а также употреблять такое же стараніе для предотвращенія отправки изъ своихъ владѣній судовъ съ такимъ назначеніемъ, если они частью, или вполнѣ, были вооружены на его территоріи.

«2) Не допускать, чтобы воюющіе пользовались его водами или гаванями какъ базисомъ военныхъ дѣйствій, или для обновленія и усиленія вооруженія и набора экипажа.

«3) Употреблять должное стараніе для предотвращенія нарушенія вышеуказанныхъ обязанностей въ его водахъ и портахъ и со стороны всѣхъ людей, находящихся подъ его юрисдикціей».

Третейскій судъ составился изъ пяти членовъ, назначенныхъ Англіей, Соединенными-Штатами, Италіей, Швейцаріей и Бразиліей. Со стороны обѣихъ сторонъ были, кромѣ того, представители [1]). Приговоръ состоялся въ Женевѣ 14 сентября 1872 года. Приведу изъ него тѣ мѣста, которыя относятся къ Алабамѣ и которыми опредѣляется размѣръ вознагражденія.

«Такъ какъ въ отношеніи къ судну Алабама изъ всѣхъ фактовъ, относящихся къ постройкѣ судна, первоначально обозначеннаго № 290, въ портѣ Ливерпуля и его вооруженія въ сосѣдствѣ Терсейры съ помощью судовъ «Агриппина» и «Бигама», пришедшихъ съ этой цѣлью изъ Англіи, ясно вытекаетъ, что британское правительство не оказало должнаго старанія къ соблюденію обязанностей, налагаемыхъ нейтралитетомъ; и въ частности, несмотря на предупрежденія и оффиціальныя представленія дипломатическихъ агентовъ Соединенныхъ-Штатовъ во время постройки № 290, не приняло во время предупредительныхъ мѣръ, и что его распоряженіе, наконецъ послѣдовавшее о задержаніи судна, дано было такъ поздно, что не могло быть выполнено.

«И такъ какъ послѣ выхода этого судна мѣры къ его преслѣдованію и задержанію были такъ неудовлетворительны, что не привели ни къ какимъ результатамъ, и потому не могутъ быть признаны достаточными для освобожденія Великобританіи отъ отвѣтственности;

«И такъ какъ, въ усугубленіе нарушеній нейтралитета Великобританіи, причиненныхъ № 290-мъ, это самое судно, позднѣе извѣстное какъ конфедеративный крейсеръ «Алабама», было въ разныхъ случаяхъ свободно допускаемо въ порты англійскихъ колоній, вмѣсто того, чтобы, какъ это должно бы было быть въ каждомъ англійскомъ портѣ, поступить совершенно наоборотъ;

«И такъ какъ правительство Ея Величества не можетъ извиняться въ недостаткѣ должнаго старанія къ соблюденію нейтралитета недостаточностью тѣхъ средствъ, какія ему предоставлены дѣйствовавшимъ закономъ:—

«Четверо изъ судей, на основаніи вышеизложеннаго, а одинъ — по особо изложеннымъ соображеніямъ,—полагаютъ:

«Что Великобританія виновна въ неисполненіи обязанностей, предписанныхъ первымъ и третьимъ изъ правилъ, установленныхъ шестою статьею вашингтонскаго договора».

Отклонивъ тремя голосами противъ двухъ вознагражденіе за издержки

[1]) Calvo, II, pp. 357—377.

по преслѣдованію крейсеровъ, по невозможности отдѣлить ихъ отъ общихъ издержекъ на войну, третейскій судъ опредѣлилъ затѣмъ общую сумму вознагражденія, слѣдуемаго съ Англіи Соединенными-Штатами, въ 15 милліоновъ долларовъ, большинствомъ 4 голосовъ противъ одного [1]).

Въ этомъ приговорѣ, кромѣ частнаго вопроса объ обязанности нейтральныхъ не допускать у себя сооруженія кораблей для воюющихъ, затронутъ болѣе общій вопросъ о томъ значеніи, какое имѣютъ въ международныхъ отношеніяхъ внутренніе законы государства. Третейскій судъ находилъ, что недостаточность ихъ не можетъ служить основаніемъ освобожденія нейтральнаго отъ отвѣтственности. Но издержки на вознагражденіе должны быть въ такихъ случаяхъ обращены на общегосударственныя средства, а не на имущество тѣхъ лицъ, которыя совершили дѣйствія, составлявшія нарушеніе нейтралитета. Если эти дѣйствія не были запрещены въ моментъ ихъ совершенія, они не могутъ служить основаніемъ позднѣйшихъ взысканій.

III.

Положеніе нейтральныхъ на непріятельской территоріи возбуждаетъ наименѣе сомнѣній и затрудненій въ примѣненіи къ нимъ началъ международнаго права.

На сушѣ всѣ мирные жители, даже непріятельскіе подданные пользуются и личной, и имущественной неприкосновенностью. Паспорты, выданные нейтральнымъ правительствомъ, считаются и на территоріи воюющихъ достойными довѣрія [2]). Нейтральные подданные продолжаютъ находиться подъ покровительствомъ дипломатическихъ агентовъ и консуловъ своего отечества [3]). Они не могутъ быть заложниками, не платятъ контрибуцій [4]).

Завоеваніе, конечно, не можетъ вліять на подданство нейтральныхъ, находящихся на завоеванной землѣ [5]).

Въ отношеніи къ территоріальному морю является интересный вопросъ о допустимости нейтральной каботажной торговли. Въ мирное время каботажная торговля предоставляется только собственнымъ подданнымъ. Но во время войны потребность въ перевозочныхъ средствахъ усиливается чрезвычайно, да къ тому же провозъ товаровъ на нейтральныхъ судахъ представляется болѣе безопаснымъ, удобнымъ. Вопросъ о нейтральной торговлѣ былъ впервые поднятъ голландцами въ

---

[1]) Phillimore, III, p. 255—263.
[2]) Bluntschli, S. 122 (№ 792).
[3]) Bluntschli, S. 123 (№ 796).
[4]) Saalfeld, S. 285.
[5]) Calvo, II, p. 301.

1674 г., доказывавшими, что Англія, какъ нейтральное государство, не могла вести каботажной торговли у французскихъ береговъ. Но англійское правительство доказало, что существующіе трактаты положительно уполномочиваютъ Англію вести эту торговлю. Послѣ того это право нейтральныхъ было подтверждено въ цѣломъ рядѣ трактатовъ, между прочимъ между Россіей и Голландіей 1715 года; но другіе трактаты, напр., между Россіей и Англіей 1801 г., отвергали это право. Между тѣмъ актомъ вооруженнаго нейтралитета 1780 года это право было признано. Въ настоящее время оно признается не только авторитетами, но и практикой самой Англіи [1]).

Положеніе нейтральныхъ въ мѣстахъ, подвергающихся бомбардированію, одинаково — будетъ ли это крѣпость или портъ. Международной практикой установленъ обычай, что воюющій предупреждаетъ нейтральныхъ о бомбардированіи и даетъ имъ возможность удалиться изъ осажденнаго мѣста. Въ франко-прусскую войну нѣмецкое правительство не соблюдало этого обычая, что вызвало со стороны нейтральныхъ протестъ особенно по поводу бомбардированія Парижа. Въ своемъ отвѣтѣ Бисмаркъ указывалъ на то, что косвенно нейтральные были объ этомъ предупреждены публикаціями военнаго начальства, изъ которыхъ можно было видѣть, что есть основаніе ожидать бомардированія [2]).

Слѣдуетъ еще упомянуть объ эмбарго и ангаріи. Эмбарго (отъ испанскаго слова embargar-арестовать) заключается во временномъ задержаніи имущества иностранцевъ, находящагося въ данномъ государствѣ. Оно примѣняется большею частью въ качествѣ репрессаліи. Но въ отношеніи къ кораблямъ нейтральныхъ оно можетъ быть примѣнено и съ другой цѣлью, для предотвращенія распространенія извѣстій о такихъ предметахъ, которыя въ интересахъ воюющаго должны сохраняться въ тайнѣ [3]).

Подъ ангаріей разумѣется употребленіе нейтральныхъ или вообще иностранныхъ судовъ для цѣлей воюющаго. Она можетъ быть оправдана только необходимостью [4]) и во всякомъ случаѣ нейтральный судохозяинъ имѣетъ право на вознагражденіе. Такъ, Пруссія вознаградила англійскихъ судохозяевъ, суда которыхъ были захвачены прусскими войсками на Сенѣ у Дюклера въ Декабрѣ 1870 г. [5]).

IV.

Положеніе нейтральныхъ въ открытомъ морѣ есть самый важный вопросъ во всемъ ученіи о нейтралитетѣ. Положеніе ихъ на нейтральной

[1]) Gessner, p. 283—288.
[2]) Calvo, II, p. 126; Hautefeuille, II, p. 266.
[3]) Gessner, p. 337.
[4]) Gessner, p. 340.
[5]) Calvo, II, p. 191—193; Bluntschli, S. 123 (№ 795, a).

и на непріятельской территоріи можетъ быть опредѣлено и внутренними законами государствъ. Въ открытомъ морѣ они могутъ быть подчинены только нормамъ международнаго права, которое одно лишь можетъ имѣть примѣненіе къ отношеніямъ между нейтральными и воюющими въ открытомъ морѣ, не знающемъ власти никакого правительства. Вполнѣ естественно потому, что въ литературѣ международнаго права этотъ вопросъ разработанъ преимущественно предъ всѣми другими.

По началамъ международнаго права каждый корабль, находящійся въ открытомъ морѣ, разсматривается какъ часть территоріи того государства, національный флагъ котораго онъ носитъ. Обыкновенно это свойство корабля обозначаютъ именемъ экстерриторіальности. Если имѣть въ виду пребываніе корабля въ иностранныхъ гаваняхъ, то такое названіе является вполнѣ соотвѣтствующимъ дѣлу. Но, разсматривая положеніе кораблей въ открытомъ морѣ, приличнѣе, какъ мнѣ кажется, слѣдуя примѣру Отфейля, говорить о *территоріальности* корабля [1]). Дѣйствительно, слово «экстерриторіальность» предполагаетъ фактическое нахожденіе въ какой-нибудь территоріи. Между тѣмъ какъ особенность положенія корабля, находящагося въ открытомъ морѣ, въ томъ и заключается, что онъ находится внѣ всякой территоріи.

Такъ какъ общій интересъ нейтральныхъ состоитъ въ томъ, чтобы въ отношеніи къ нимъ, по возможности съ меньшими ограниченіями, сохранялся юридическій порядокъ, существующій для международныхъ отношеній въ мирное время, то въ примѣненіи къ ихъ положенію въ открытомъ морѣ этотъ интересъ сводится къ тому, чтобъ и въ военное время территоріальность судовъ признавалась какъ можно полнѣе. Разъ корабль продолжаетъ признаваться частью территоріи, то къ нему и ко всему, находящемуся на немъ, примѣняются тѣ-же правила, что и къ самой территоріи: нейтральный корабль долженъ считаться со всѣмъ грузомъ неприкосновеннымъ, а на непріятельскомъ кораблѣ неприкосновенною считается частная собственность и онъ самъ, если это частный корабль. Изъ дальнѣйшаго изложенія читатель увидитъ, въ какой степени полно и послѣдовательно эти начала проводятся современной международной практикой.

Въ мирное время всѣ суда въ открытомъ морѣ одинаково неприкосновенны; поэтому точное опредѣленіе національности не представляетъ надобности при обыкновенныхъ условіяхъ. Не такъ во время войны: непріятельскія военныя суда и даже торговыя, по общему правилу, считаются подлежащими захвату. Отсюда понятно, что для воюющихъ точное и надежное опредѣленіе національности судна представляетъ большой практическій интересъ. Для того, чтобы обезпечить себѣ возможность

[1]) Hautefeuille, I, p. 290.

удостовѣриться въ истинной національности каждаго даннаго судна, а также и для надзора за исполненіемъ нейтральными налагаемыхъ на нихъ военнымъ временемъ ограниченій въ свободѣ торговли и навигаціи, воюющіе, признавая неприкосновенность нейтральныхъ судовъ, сохраняютъ за собой право осматривать суда, плавающія подъ нейтральнымъ флагомъ, съ цѣлью повѣрки правильности этого флага. Въ случаѣ, если судно воспротивится осмотру или корабельныя бумаги окажутся не въ порядкѣ или ихъ даже вовсе не окажется — судно подлежитъ захвату [1]).

Обычай осмотра очень древній. Consolato del mare уже называетъ его старымъ обычаемъ [2]). Но тѣмъ не менѣе и позднѣе нейтральные иногда не признавали за воюющими права осмотра. Такъ, Гроцій разсказываетъ, что во время войны между Англіей и Испаніей королева Елизавета просила французскаго короля дозволить осмотръ французскихъ кораблей, но тотъ не согласился [3]) Наиболѣе обстоятельно право осмотра было опредѣлено въ пиренейскомъ договорѣ 1659 года между Франціей и Испаніей, постановленія котораго примѣняются и теперь. Еще точнѣе это право было опредѣлено въ торговомъ трактатѣ между Франціей и Даніей 1742 года и трактатѣ между Англіей и Россіей 1797 года [4]).

Въ настоящее время это право признается и международной практикой и громаднымъ большинствомъ писателей. Въ числѣ немногихъ отрицающихъ его заслуживаютъ упоминанія Борнеманъ и Мено-Пельсъ. Первый предлагаетъ его замѣнить осмотромъ въ той гавани, гдѣ грузится корабль; для чего образовать особыя коммисіи изъ представителей обѣихъ воюющихъ сторонъ и правительства того государства, гдѣ происходитъ нагрузка [5]).

Осмотръ можетъ быть совершаемъ какъ военными судами, такъ и каперами [6]). Объектомъ осмотра можетъ быть только торговое судно; военныя суда не подлежатъ осмотру [7]). Это основано на томъ уваженіи, къ какому правительства обязаны въ отношеніи другъ къ другу. На томъ же основаніи торговыя суда, конвоируемыя военными, освобождаются отъ осмотра; онъ замѣняется въ этомъ случаѣ словеснымъ опросомъ конвоирующаго офицера [8]). Это правило установилось, однако, не сразу.

[1]) Если найдется контрабанда, то только она составляетъ призъ. Смотри объ этомъ ниже.

[2]) Gessner, 295; Calvo, II, p. 608.

[3]) Книга III, ч. I, § V, 4 примѣчаніе (въ переводѣ Pradier-Fodéré, III, стр. 18).

[4]) Calvo, II, p. 610—612.

[5]) Calvo, II, p. 615.

[6]) Cussy, Phases et causes, I, p. 228; Marteus, Essai sur les armateurs, p. 71.

[7]) Calvo, II, p. 621.

[8]) Hautefeuille, III, p. 120—166.

Въ XVII столѣтіи оно вовсе не уважалось. Вслѣдствіе чего шведская королева Христина предписала своимъ кораблямъ, конвоирующимъ торговыя суда, сопротивляться силою осмотру воюющихъ [1]). Но рѣшительнымъ шагомъ къ признанію того, что конвоируемыя суда не подлежатъ осмотру, были лишь договоръ о нейтралитетѣ между Даніей и Швеціей 1794 года и второй вооруженный нейтралитетъ 1800 года [2]). Англія до сихъ поръ не признаетъ свободы конвоируемыхъ судовъ отъ осмотра [3]). Въ трактатѣ съ Россіей 1801 года она воспретила осмотръ конвоируемыхъ только каперамъ, сохранивъ эти права за военными крейсерами [4]). Соединенные Штаты не допускаютъ осмотра конвоируемыхъ [5]).

Интересный вопросъ возникаетъ въ отношеніи къ нейтральнымъ судамъ, конвоируемымъ непріятелемъ: сохраняютъ ли они свою неприкосновенность? Вопросъ этотъ обратилъ на себя особенное вниманіе въ 1810 году, когда Данія объявила подлежащими осмотру всѣ такія суда, что повело къ захвату большаго числа американскихъ судовъ. Пререканія по этому поводу между датскимъ и вашингтонскимъ правительствами окончились только въ 1830 году, причемъ Данія обязалась вознаградить американскихъ судохозяевъ, но съ тѣмъ, чтобъ это не могло служить прецедентомъ на будущее время. Такимъ образомъ вопросъ въ принципѣ остался неразрѣшеннымъ. Онъ остается спорнымъ и въ литературѣ. Уитонъ [6]) и Ортоланъ [7]) отрицаютъ, чтобы фактъ плаванія подъ непріятельскимъ конвоемъ велъ за собой конфискацію судна. Гесснеръ держится противнаго мнѣнія [8]).

Лучези-Палли полагаетъ, что конвой и иностраннаго военнаго корабля освобождаетъ отъ осмотра. Но большинство писателей держатся противнаго мнѣнія, ограничивая эту свободу только случаями конвоированія отечественными кораблями [9]).

Что касается мѣста, то осмотръ можетъ быть совершаемъ только въ территоріальномъ морѣ обѣихъ воюющихъ сторонъ и въ открытомъ морѣ [10]).

Когда военный крейсеръ намѣревается осмотрѣть нейтральное судно, онъ долженъ сдѣлать ему условный знакъ (semonce) обыкновенный выстрѣлъ (coup de semonce). Предупрежденное такимъ образомъ судно

---

[1]) Gessner, p. 319.
[2]) Calvo, II, p. 626.
[3]) Gessner, p. 324; Phillimore, III, p. 435.
[4]) Calvo, II, p. 627.
[5]) Calvo, II, p. 630.
[6]) Wheaton, Elements, II, p. 192 – 204.
[7]) Ортоланъ, стр. 177.
[8]) Gessner, p. 331.
[9]) Gessner, p. 326; Ортоланъ. стр. 176.
[10]) Gessner, p. 315; Hautefeuille, III. p. 86.

должно остановиться. Крейсеръ же подходитъ къ нему не ближе пушечнаго выстрѣла. Это обыкновенное правило. Какъ исключенія, могутъ быть указаны русско-французскій договоръ, допускающій разстояніе въ полъ выстрѣла и договоръ Соединенныхъ Штатовъ съ Чили 1832 г., требующій, чтобы крейсеръ останавливался какъ можно дальше. Для производства осмотра крейсеръ посылаетъ шлюпку съ бѣлымъ флагомъ, и два или три человѣка высаживаются на судно, которое требуется осмотрѣть. Крейсеръ можетъ также ограничиться вызовомъ къ себѣ на бортъ капитана осматриваемаго судна съ бумагами. Капитанъ осматриваемаго судна долженъ представить осматривающимъ корабельныя бумаги, свидѣтельствующія о національности и назначеніи судна. Если судно направляется въ непріятельскій портъ, то требуется предъявленіе бумагъ, свидѣтельствующихъ о грузѣ. Если бумагъ нѣтъ, судно подлежитъ захвату. Необходимыми бумагами считаются паспорты и свидѣтельства о принадлежности корабля и груза, списокъ экипажа, корабельный журналъ, коноссаментъ и цертепартіи. Неимѣнію бумагъ приравнивается и то, если при осмотрѣ онѣ будутъ выброшены въ море, или уничтожены. Употребленіе фальшивыхъ бумагъ само по себѣ еще не составляетъ основанія для захвата, хотя оно установляетъ презумпцію о нарушеніи судномъ обязанностей нейтралитета [1]).

Если нейтральное судно послѣ выстрѣла не остановится, а обратится въ бѣгство, крейсеръ можетъ его преслѣдовать и остановить силою. Но если потомъ окажется, что судно не подлежитъ захвату, оно отпускается на свободу. Другое дѣло—активное сопротивленіе осмотру. Это обстоятельство само по себѣ установляетъ право захвата, дѣлаетъ судно законнымъ призомъ [2]).

Осмотръ можетъ быть совершаемъ не только для повѣрки собственно національности судна, но и для того, чтобы убѣдиться, не нарушены ли судномъ какія-либо обязанности, налагаемыя нейтралитетомъ, а именно: не имѣется ли на немъ военной контрабанды, причемъ въ случаѣ сомнительности коноссаментовъ можетъ быть приступлено къ осмотру самаго груза; не завѣдомо ли пытается оно нарушить блокаду—въ такомъ случаѣ бумаги просматриваются для того, чтобы убѣдиться, не было ли уже судну дѣлаемо извѣщеніе о блокадѣ. Послѣдствіемъ обнаруженія всѣхъ этихъ нарушеній обязанностей нейтральнаго служитъ захватъ или груза—при контрабандѣ, или и самаго судна—при нарушеніи блокады. Но законность призовъ подлежитъ обсужденію особыхъ призовыхъ судовъ;

---

[1]) Calvo, II, pp. 641, 642, 644; Hautefeuille, III, p. 50—86; Gessner, p. 312; Martens, Essai, p. 78; Pistoye et Duverdy, Traité, p. 235 et ss.

[2]) Hautefeuille, III, p. 108—120; Calvo, II, p. 622.

только послѣ постановленія ими приговора захватъ считается окончательнымъ [1]).

Признаніе за кораблями въ открытомъ морѣ территоріальности ведетъ, какъ я сказалъ, къ тому, что къ нимъ примѣняются тѣ-же начала, какъ и къ территоріи. Въ частности это приводитъ: во-первыхъ, къ свободѣ морской нейтральной торговли, такъ какъ на нейтральной территоріи торговля свободна и во время войны, и, во-вторыхъ, къ признанію неприкосновенности нейтральной собственности на непріятельскихъ корабляхъ и непріятельской собственности на нейтральныхъ, такъ какъ на сушѣ неприкосновенна всякая частная собственность.

Оба эти вывода допущены международной практикой; но второй— только въ новѣйшее время, а первый, подъ двумя весьма важными ограниченіями.

Нейтральный можетъ вести морскую торговлю во время войны съ воюющими, но только съ тѣмъ, чтобы предметомъ торговли не была военная контрабанда и чтобы торговля эта не вела къ нарушенію блокады. Я разсмотрю оба эти ограниченія въ отдѣльности.

Въ литературѣ существуютъ различныя теоріи, объясняющія происхожденіе контрабанды. Во-первыхъ, нѣкоторые писатели (Кокцей, Клюберъ, Лампреди, Гальяни) полагаютъ, что теоретическаго понятія контрабанды установить вовсе невозможно и существованіемъ своимъ оно обязано исключительно положительнымъ опредѣленіямъ международныхъ договоровъ. Не будь этихъ договоровъ, торговля съ воюющимъ и предметами, составляющими военную контрабанду, была бы свободна. Но эта теорія представляется противной дѣйствительности. Въ международной практикѣ запрещеніе торговать военной контрабандой признается всегда и всѣми, независимо отъ существованія особыхъ на то договоровъ, которые имѣютъ цѣлью лишь опредѣлить точнѣе, что именно составляетъ контрабанду.

Ученія же, предлагающія собственно теоретическое объясненіе контрабанды, распадаются на двѣ группы. Одна, слѣдуя еще Гроцію, выводитъ понятіе военной контрабанды изъ права воюющаго запрещать нейтральнымъ всякую торговлю, которая мѣшаетъ его военнымъ операціямъ и планамъ. Эта теорія ведетъ къ признанію полнѣйшаго произвола со стороны воюющихъ.

Поэтому, въ настоящее время общепринята теорія, выставленная

---

[1]) Для ознакомленія съ самой процедурой захвата и обязанностями захватившаго призъ, равно какъ съ порядкомъ присужденія призовъ отсылаю читателя къ моей статьѣ «О каперахъ» (Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго Права, 1877, № 1).

Отфейлемъ и выводящая понятіе контрабанды изъ обязанностей нейтральнаго [1]).

Территоріальность корабля, перенося на него неприкосновенность присвоенную нейтральной территоріи, установляетъ и въ отношеніи къ нему для нейтральнаго тѣ-же обязанности, какъ и въ отношеніи къ территоріи. Я говорилъ, что уваженія неприкосновенности своей территоріи нейтральный можетъ требовать только подъ условіемъ, чтобы его территорія не была мѣстомъ непріязненныхъ дѣйствій и предпріятій, прямо угрожающихъ воюющему. Правда, простая торговля оружіемъ и военными припасами не относится къ числу такихъ дѣйствій. Но и на нейтральномъ кораблѣ дозволяется *возить* оружіе и военныя принадлежности. Это еще не составляетъ военной контрабанды само по себѣ. Только *подвозъ* этихъ предметовъ къ непріятельскимъ портамъ дѣлаетъ ихъ военной контрабандой и влечетъ за собой ихъ конфискацію [2]). Это потому, что подвозъ военной контрабанды есть дѣйствіе непріязненное, прямо угрожающее воюющему.

Но этимъ установляется только самое общее понятіе военной контрабанды. Точное опредѣленіе того, что именно составляетъ предметъ контрабанды, едва ли возможно теоретически. По крайней мѣрѣ это до сихъ поръ не удается. Гроцій установилъ дѣленіе всѣхъ вообще предметовъ морской торговли на три группы. Къ первой группѣ онъ отнесъ такіе, которые служатъ спеціально для военныхъ цѣлей; ко второй— такіе, которые, напротивъ, употребляются исключительно для мирныхъ цѣлей; наконецъ, третью группу составили такіе предметы, которые могутъ служить какъ для мирныхъ, такъ и для военныхъ цѣлей. Но не трудно понять, что оно крайне несостоятельно, такъ какъ между первой и третьей группой невозможно провести сколько нибудь опредѣленную границу. Нѣтъ въ самомъ дѣлѣ такихъ предметовъ, которые служили бы исключительно для военныхъ цѣлей: пушки и тѣ употребляются для пальбы на самыхъ мирныхъ торжествахъ. Отвергая классификацію Гроція, новѣйшіе писатели сами выставляютъ, однако, далеко неточные признаки для опредѣленія того, что должно быть относимо къ военной контрабандѣ. Они относятъ къ ней оружіе и военныя принадлежности. Но «военныя принадлежности»—выраженіе довольное неопредѣленное.

Что касается опредѣленій, даваемыхъ трактатами, то основнымъ опредѣленіемъ того, что составляетъ военную контрабанду, до сихъ поръ служатъ постановленія въ этомъ отношеніи пиренейскаго договора 1659 и утрехтскаго 1713 г., которые почти повторяютъ другъ друга. Статья

---

[1]) Gessner, p. 96–110; Кантакузинъ-Сперанскій, Опытъ опредѣленія понятія военной контрабанды. Одесса. 1875, стр. 42—76; Hautefeuille, III, p. 114—127.

[2]) Gessner, p. 139.

19 утрехтской торговой конвенціи относитъ къ предметамъ контрабанды оружіе, военные припасы и снаряды, въ томъ числѣ селитру и лошадей; статья 20 опредѣляетъ, что къ предметамъ контрабанды не должны быть относимы одежда, матеріи, золото, серебро, всякіе металлы, уголь, зерно, табакъ, съѣстное, корабельныя снасти, смола, деготь, лѣсъ и все, что потребно для постройки или починки корабля. Отфейль насчитываетъ всего девять трактатовъ, которые даютъ болѣе широкое опредѣленіе контрабанды [1]).

Такъ какъ торговыя суда, кромѣ перевоза товаровъ, могутъ служить для перевозки пассажировъ и писемъ, то и въ этомъ отношеніи установляется ограниченіе, подобное тому, какое установлено въ отношеніи къ товарамъ. Военной контрабандѣ приравнивается перевозка непріятельскихъ солдатъ и депешъ и, наконецъ, доставка судовъ [2]).

При объявленіи войны воюющіе обыкновенно издаютъ декларації, въ которыхъ опредѣляютъ, что именно они будутъ считать военной контрабандой. Такъ это было сдѣлано и при началѣ послѣдней, Русско-Турецкой войны, причемъ Россія осталась вѣрною тѣмъ либеральнымъ началамъ, которыя она провозгласила, будучи нейтральной, въ актѣ вооруженнаго нейтралитета 1780 года.

Грузъ, составляющій контрабанду, подлежитъ конфискаціи, и притомъ съ самаго момента выхода изъ той гавани, гдѣ судно взяло грузъ [3]). Разъ судну удалось доставить контрабанду по назначенію, на обратномъ пути оно не подлежитъ никакимъ взысканіямъ, хотя бы отвозъ контрабанды и сдѣлался извѣстенъ воюющему. Самая конфискація, какъ и осмотръ судна, могутъ быть произведены только въ открытомъ морѣ и въ водахъ воюющихъ. Вопросъ о томъ, подлежитъ ли конфискаціи и самый корабль, представляется спорнымъ. По общему правилу, конфискуется только грузъ, составляющій контрабанду, но англійскіе писатели вставляютъ цѣлый рядъ исключеній [4]). Нѣкоторые французскіе и германскіе писатели держатся того же мнѣнія, но практика большинства государствъ, согласно мнѣнію Ваттеля, строго держится началъ неприкосновенности корабля и того груза, который не составляетъ контрабанды, развѣ капитанъ станетъ силою сопротивляться выдачѣ контрабанды. Самая контрабанда подлежитъ конфискаціи только тогда, когда хозяинъ зналъ о свойствѣ груза. Въ противномъ случаѣ воюющій долженъ вознаградить его за убытки, причиненные захватомъ [5]).

Вторымъ ограниченіемъ свободы нейтральной навигаціи служитъ бло-

---

[1]) **Кантакузинъ, стр. 18;** Gessner, p. 87.

[2]) Gessner, p. 111.

[3]) Calvo, II, p. 468.

[4]) Phillimore, III, p. 371.

[5]) Gessner, p. 144—149; Vattel, II, p. 459; Bluntschli, § 811.

када. Подъ блокадой разумѣется обложеніе какого-нибудь порта, или просто берега, непріятельскимъ флотомъ, съ цѣлью воспрепятствовать всякимъ морскимъ сношеніямъ съ нимъ. Этимъ блокада отличается отъ осады, имѣющей цѣлью собственно овладѣніе осаждаемымъ мѣстомъ. Попытка со стороны нейтральнаго пройти въ блокируемое мѣсто была бы прямымъ вмѣшательствомъ въ военныя операціи, и потому влечетъ за собою потерю неприкосновенности судна и его захватъ.

На первый взглядъ можетъ показаться, что блокада не должна быть относима къ военнымъ операціямъ въ открытомъ морѣ. И дѣйствительно, существуетъ воззрѣніе, по которому блокада есть только частный видъ военнаго захвата непріятельской территоріи (occupatio bellica). Такой взглядъ раздѣляется двумя извѣстными французскими писателями по международному праву Отфейлемъ [1]) и Ортоланомъ [2]). Но не трудно убѣдиться, что такое воззрѣніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительному характеру блокады. Блокирующія суда находятся обыкновенно въ открытомъ морѣ, а открытое море, какъ не подлежащее вовсе частному обладанію, не можетъ быть предметомъ военнаго завладѣнія, и самое территоріальное море можетъ быть присвоиваемо лишь какъ принадлежность береговой территоріи. Отфейль, предвидя это возраженіе, пытался опровергнуть его. «Дѣйствительно, говоритъ онъ, блокирующія суда могутъ находиться въ открытомъ морѣ; но ихъ артиллерія господствуетъ надъ территоріальнымъ моремъ и обезпечиваетъ ихъ власть (leur assure la juridiction) надъ этой частью непріятельскихъ владѣній точно также, какъ пушка, находящаяся на берегу, обезпечивала прежнему суверену всю часть моря, носящую названіе территоріальнаго. Впрочемъ, если бы даже и предположить, что блокирующія суда держатся такъ далеко отъ берега, что артиллерія ихъ не достигаетъ территоріальнаго моря, то все же здѣсь примѣняется установленное выше начало, что всякое судно пріобрѣтаетъ своему суверену дѣйствительное владѣніе и, слѣдовательно, господство надъ тою частью даже открытаго моря, какую оно занимаетъ [3]). Эта аргументація опирается на совершенно новую теорію, составляющую собственное изобрѣтеніе Отфейля и вовсе непринятую положительнымъ правомъ. Господство надъ территоріальнымъ моремъ допускается международнымъ правомъ только какъ принадлежностью берега—не иначе. Что же касается того случая, когда блокирующія суда стоятъ такъ далеко отъ берега, что артиллерія ихъ не можетъ господствовать надъ территоріальнымъ моремъ, то разсужденіе Отфейля представляются и вовсе непонятными. Въ первомъ томѣ сво-

[1]) Hautefeuille, II, p. 190.
[2]) Ортоланъ, стр. 193.
[3]) Hautefeuille, II, p. 194.

его изслѣдованія онъ самъ отвергаетъ, какъ невѣрное воззрѣніе, будто вся часть открытаго моря, надъ которой господствуетъ артиллерія плывущаго судна, находится подъ властью его суверена. Онъ допускаетъ это только относительно той части моря, которую занимаетъ судно (les eaux qui le portent) [1]). Конечно, нейтральное судно не можетъ пройти чрезъ то самое мѣсто, на которомъ стоитъ блокирующее. Но этого простаго положенія еще недостаточно, чтобы обосновать право блокады, такъ какъ блокирующая эскадра не можетъ, особенно на далекомъ разстояніи отъ берега, составлять непрерывной цѣпи: достаточно, если суда находятся другъ отъ друга на разстояніи пушечнаго выстрѣла, такъ какъ при такихъ условіяхъ блокада является вполнѣ дѣйствительной.

Но если объясненіе права блокады, предложенное Отфейлемъ, является несостоятельнымъ, то и болѣе старая, до сихъ поръ господствующая теорія, выводящая это право изъ права необходимости, не можетъ быть признана удовлетворительною [2]). Блокада далеко не всегда вызывается необходимостью. Можно ли, напр., утверждать, чтобы блокада нашихъ черноморскихъ береговъ представлялась для турокъ необходимостью. Сомнительно даже, чтобы она приносила имъ ощутительную пользу. И въ дѣйствительности, въ международной практикѣ никогда не заходитъ рѣчь о степени необходимости блокады, а только о степени ея дѣйствительности.

Такимъ образомъ обѣ теоріи, выставляемыя для объясненія *права* блокады, представляются одинаково несостоятельными. И я не вижу ни основанія, ни цѣли вообще говорить о правѣ блокады, мало того, мнѣ представляется даже невозможнымъ говорить о правѣ блокады, въ субъективномъ, конечно, смыслѣ. О правѣ можно говорить только тамъ, гдѣ интересъ одного, приходящій въ столкновеніе съ интересами другихъ, охраняется въ извѣстныхъ предѣлахъ, границахъ. Въ опредѣленіи этихъ границъ, этихъ ограниченій и заключается практическій интересъ всякой юридической теоріи. Но стоитъ только повернуть вопросъ о правѣ блокады другой стороной, чтобъ увидѣть, что всѣ эти теоріи, стремящіеся объяснить право блокады—и независимо отъ ихъ несостоятельности—представляются вовсе лишенными практическаго значенія. Въ самомъ дѣлѣ, на вопросъ о томъ, какимъ ограниченіямъ подлежитъ право блокированія, приходится отвѣчать: ***никакимъ***. Власть воюющаго въ отношеніи къ блокадѣ, власть безграничная: блокада можетъ имѣть мѣсто всегда и при всякихъ условіяхъ, лишь бы хватило на это морскихъ силъ. Правда, высказывалось и противное этому воззрѣнію. Въ декретѣ Наполеона I отъ 21 ноября 1806 года, извѣстномъ

---

[1]) Hautefeuille, I, p. 294.

[2]) Изъ представителей этого воззрѣнія назову Гесснера (p. 168).

подъ именемъ «берлинскаго декрета», въ мотивахъ, предшествующихъ самому тексту декрета, между прочимъ сказано: «что Великобританія распространяетъ на неукрѣпленные города и коммерческіе порты, на заливы и устья рѣкъ право блокады, которое, согласно разуму и обычаю всѣхъ цивилизованныхъ народовъ, примѣнимо только къ укрѣпленнымъ мѣстамъ». Этотъ взглядъ былъ поддержанъ только однимъ итальянскимъ публицистомъ Лучези-Палли, но общимъ мнѣніемъ авторитетовъ международнаго права признанъ совершенно несогласнымъ съ началами положительнаго международнаго права и даже съ требованіями разума [1]). Точно также нѣтъ ограниченія для блокады въ отношеніи ко времени. Предшествующее формальное объявленіе войны не составляетъ необходимаго условія. Международная практика знаетъ и такъ называемыя мирныя блокады.

Первый случай мирной блокады относится къ 1827 году, когда Россія, Франція и Англія объявили въ блокадѣ всѣ берега Греціи, гдѣ находились турецкія войска, лишивъ такимъ образомъ Порту возможности сноситься съ своими войсками, поддерживать и пополнять ихъ. Союзныя державы увѣряли при этомъ Турцію, что, несмотря на блокаду, они сохраняютъ съ нею дружественныя отношенія. Извѣстенъ отвѣтъ Рейсъ-Эфенди на эти увѣренія: «Это то же самое, какъ еслибы, разбивая человѣку черепъ, я бы увѣрялъ его въ дружбѣ». Извѣстно также, что дѣло кончилось уничтоженіемъ турецкаго флота подъ Наварриномъ. Кромѣ этого перваго случая, насчитываютъ еще три позднѣйшихъ, изъ которыхъ въ каждомъ принимала участіе Франція или одна, или вмѣстѣ съ Англіей. Такъ, въ 1831 гогу правительство Луи-Филиппа, не объявляя войны, блокировало берега Португаліи, въ видѣ репрессаліи за тѣ обиды, какимъ подвергались французскіе подданные со стороны Донъ-Мигуэля. Эта блокада привела къ соглашенію 14 іюля 1831 года. Въ 1835 году Франція вмѣстѣ съ Англіей блокировали берега Голландіи, чтобы принудить короля Нидерландовъ признать уже признанное трактатомъ 15 ноября 1831 года отдѣленіе Бельгіи, что и было достигнуто. Не такъ удачна была блокада Франціей мексиканскихъ береговъ. Впрочемъ, сама Франція, не ограничившись блокадой, овладѣла фортомъ С. Жанъ-д'Уллоа, что побудило мексиканское правительство объявить Франціи войну. Наконецъ, въ 1838 году Франція опять вмѣстѣ съ Англіей блокировала берега аргентинской республики во время диктатуры Розаса [2]).

Мирныя блокады со стороны однихъ публицистовъ, какъ Отфейль, Гесснеръ, вызываютъ весьма рѣзкія осужденія; напротивъ, другіе, какъ

---

[1]) Hautefeuille, II, p. 210; Gessner, p. 212; Calvo, 547; Ортоланъ.

[2]) Calvo, II, p. 509 et ss.; Gessner, p. 254 ss.; Houtefeuille, II, p. 272 ss.

Геффтеръ, Коши, Кальво не только высказываются за допустимость такихъ блокадъ, но и положительно рекомендуютъ ихъ, взамѣнъ непосредственнаго объявленія войны. И надо сказать правду, тѣ доводы, которые приводятъ Отфейль и Гесснеръ въ осужденіе мирныхъ блокадъ, которыми они стремятся доказать ихъ безсмысленность, ихъ внутреннюю противорѣчивость, могутъ съ равнымъ успѣхомъ быть выставлены противъ всякой вообще репрессаліи. Въ одномъ только мирная блокада отличается отъ нихъ—она болѣе, чѣмъ всѣ остальныя виды репрессалій затрогиваетъ интересы нейтральныхъ, или, правильнѣе, сторонникъ третьихъ державъ; но все не такъ, какъ война, и потому врядъ ли было бы въ интересахъ этихъ третьихъ державъ требовать непремѣнно вслѣдъ за блокадой и формальнаго объявленія войны.

Итакъ, положительное международное право не ставитъ никакихъ ограниченій въ отношеніи возможности блокировать непріятельскіе берега. Эта возможность ограничивается единственно фактической силой государства. Отсюда ясно, что блокада есть отношеніе чисто фактическое, и что нельзя говорить о правѣ *на* блокаду, а только о правахъ *изъ* блокады, т.-е. о томъ, какъ это фактическое отношеніе вліяетъ на юридическое признаніе и охрану интересовъ нейтральныхъ и воюющихъ. При такой постановкѣ вопроса, все ученіе (юридическое, конечно) о блокадѣ представляется и проще, и, главное, болѣе соотвѣтствующимъ дѣйствительнымъ практическимъ потребностямъ. Достаточно указать, что, какъ это видно будетъ изъ всего послѣдующаго изложенія, всѣ стремленія нейтральныхъ государствъ для огражденія своихъ интересовъ на случай блокады сводятся къ тому, чтобъ, съ одной стороны, фактическое состояніе блокады имъ всегда было поставляемо въ извѣстность, а съ другой, чтобы ограниченія юридической охраны ихъ интересовъ, вытекающія изъ этого фактическаго состоянія, не налагались по произволу воюющаго независимо отъ этого фактическаго состоянія, простымъ объявленіемъ блокады. Словомъ, нейтральныя государства никогда не думали оспаривать у воюющаго возможность и власть установлять блокаду всегда, какъ только онъ это найдетъ нужнымъ; а съ другой стороны, они вовсе, ни подъ какими условіями, не признаютъ за нимъ права объявлять блокаду, не установляя ее. Порядокъ извѣщенія о блокадѣ будетъ разсмотрѣнъ ниже. Что же касается другой стороны стремленій нейтральныхъ государствъ, то не трудно видѣть, что она не содержитъ никакого юридическаго ограниченія власти воюющаго блокировать непріятельскіе берега, могущаго превратить эту власть въ право. Напротивъ, въ ней заключается стремленіе къ тому, чтобъ понятіе блокады строго ограничивалось фактическимъ состояніемъ обложенія берега флотомъ, а не расширялось за предѣлы фактической блокады. Дѣйствительно, допущеніе, въ противоположность фактической бло-

кадѣ—блокады чрезъ простое объявленіе (per notificationem) или такъ-называемой фиктивной, кабинетной, бумажной блокады — составило бы нарушеніе общепризнанныхъ правъ нейтральныхъ государствъ. Мы видѣли, что морское международное право признаетъ за нейтральными судами въ открытомъ морѣ полную свободу движенія, такъ что фактъ направленія нейтральнаго судна къ непріятельской гавани, если на суднѣ нѣтъ военной контрабанды, не можетъ служить основаніемъ законному призу. Но блокада, имѣя непосредственною цѣлью порвать сношенія съ блокируемымъ портомъ и въ особенности торговлю съ нимъ, конечно ведетъ къ тому, что проникновеніе къ блокируемому мѣсту не допускается и, въ слу чѣ попытки къ этому, судно захватывается. Само собою понятно, что еслибъ такія же послѣдствія соединялись съ простымъ объявленіемъ берега въ блокадѣ, то это повело бы къ совершенному уничтоженію права свободнаго движенія нейтральныхъ судовъ въ открытомъ морѣ, и притомъ это стѣсненіе нейтральныхъ государствъ, не оправдываясь никакимъ фактическимъ отношеніемъ, ибо простое объявленіе не установляетъ дѣйствительной блокады, зависѣло бы исключительно отъ произвола воюющихъ. Подобной зависимости общепризнанныхъ правъ нейтральныхъ государствъ отъ простого произвола воюющихъ допустить, конечно, невозможно. Что-нибудь одно: или нейтральныя государства не имѣютъ права свободнаго движенія по открытому морю, и тогда фиктивная блокада ни къ чему не нужна; или имѣютъ, но тогда она не можетъ быть допущена. Слѣдовательно, различіе между фактической блокадой и блокадой чрезъ объявленіе, выставляемое англійскими писателями и государственными людьми, не можетъ быть принято [1]). Блокада не есть право, а фактическое состояніе, и потому только фактическая блокада и можетъ существовать. Если же говорятъ о какой-то не фактической блокадѣ, то только для того, чтобъ именемъ блокады прикрыть самое грубое и совершенно произвольное, ничѣмъ не оправдываемое нарушеніе признанныхъ правъ нейтральныхъ государствъ, оспаривать которыя открыто не рѣшаются.

Защитниками фиктивной блокады являются,—что весьма естественно,—сильныя морскія державы, въ особенности Голландія и въ позднѣйшее время Англія. Для державы, обладающей большимъ флотомъ, представляется весьма соблазнительнымъ возмѣщать на нейтральномъ торговомъ флотѣ тѣ потери и траты, которыя неизбѣжно влечетъ за собою даже счастливая война.

Изобрѣтательницей фиктивной блокады Отфейль называетъ Голландію [2]). Но Кальво [3]) приводитъ болѣе ранніе примѣры, гдѣ эта мѣра

[1]) Calvo, II p., 535.

[2]) Hautefeuille, II, p.

[3]) Calvo, II, p. 577.

практиковалась другими государствами. Въ половинѣ XIV вѣка, около 1346 года, Эдуардъ III, король Англіи, ведя войну съ Франціей, постановилъ, что всякое судно, которое попытается войти въ какой-либо французскій портъ, должно быть захвачено и сожжено. Подобное распоряженіе было сдѣлано въ 1560 году шведскимъ правительствомъ въ войну съ Россіей. Въ 1584 году во время войны за независимость съ Испаніей въ первый разъ эта мѣра была примѣнена Голландіей и именно въ отношеніи къ берегамъ Фландріи. Нѣсколько послѣдующихъ декретовъ подтверждали ее; но особенное значеніе имѣетъ эдиктъ 26 іюня 1630 года, заключающій въ себѣ полное законодательство фиктивной блокады. Согласно этому эдикту, конфискаціи подлежало всякое судно, изъ бумагъ котораго можно было видѣть, что оно направляется въ непріятельскій портъ. Прямой попытки войти въ него не требовалось: достаточно было, если судно было застигнуто недалеко отъ порта. Послѣ того Голландія употребляла фиктивную блокаду противъ Англіи въ 1652 г. и вмѣстѣ съ Англіей противъ Франціи въ 1689 году, согласно трактату, заключенному въ Уайтголлѣ (22 августа). Эта блокада береговъ Франціи вызвала энергичные протесты со стороны нейтральныхъ державъ, и Швеція съ Даніей даже заключили 17 марта 1693 года союзъ съ цѣлью вынудить Голландію-Англію уважить ихъ требованія, что частью и было достигнуто. Точно также въ трактатѣ 30 апрѣля 1725 года между Испаніей и Австріей становлялось, что блокированнымъ долженъ считаться только такой портъ, войти въ который нельзя, не подвергаясь дѣйствію артиллеріи блокирующихъ судовъ. Въ нѣкоторыхъ трактатахъ опредѣлялось даже число кораблей, необходимыхъ для дѣйствительности блокады; такъ, напр., датско-французскій договоръ 1742 г. требовалъ присутсвія двухъ кораблей и береговой батареи; договоръ 1753 г. между Голландіей и королевствомъ Двухъ-Сицилій—присутствія шести судовъ. Между тѣмъ Англія продолжала практиковать бумажную блокаду, именно въ 1756 и 1775 годахъ относительно Франціи. Эти мѣры Англіи вызвали со стороны Россіи извѣстный актъ вооруженнаго нейтралитета 28 февраля 1780 года. Не опредѣляя числа судовъ, актъ этотъ требовалъ для блокады, чтобы присутствіе достаточно близкихъ судовъ установляло дѣйствительную опасность для всякаго, пытающагося войти въ блокируемое мѣсто. Къ этому акту присоединились и другія нейтральныя державы. Во время революціонныхъ войнъ бумажная блокада опять получила примѣненіе и притомъ между Франціей и Англіей взаимно. Первая, впрочемъ, объявила ее только въ видѣ репрессаліи. Въ 1800 году Россія, Пруссія, Данія и Швеція заключили актъ втораго вооруженнаго нейтралитета. Въ 1801 г. Россія заключила съ Англіей конвенцію, въ которой Англія признала положеніе, выставленное первымъ вооруженнымъ нейтралитетомъ, но съ тѣмъ измѣ-

неніемъ, что союзъ «и» замѣненъ союзомъ «или»: требовалось для блокады существованія дѣйствительной опасности отъ тутъ же стоящихъ *или* достаточно близкихъ судовъ. Но и послѣ того фиктивная блокада примѣнялась неоднократно. И только въ 1856 году, въ силу декларації 14 апрѣля 1856 года, Англія окончательно отказалась отъ открытаго, по крайней мѣрѣ, примѣненія фиктивной блокады. Къ сожалѣнію, самыя выраженія, въ которыхъ декларація 1856 г. отвергаетъ допустимость фиктивной блокады, недостаточно опредѣленны. Впрочемъ, уже въ крымскую кампанію Англія примѣняла только дѣйствительную блокаду [1]).

Такимъ образомъ, въ настоящее время признается только фактическая, дѣйствительная блокада, и споръ можетъ идти только о томъ, при какихъ условіяхъ блокада должна быть почитаема дѣйствительной. Сомнѣнія въ этомъ отношеніи тѣмъ болѣе возможны, что, какъ мы только-что видѣли, постановленія объ этомъ парижской декларації 14 апрѣля крайне неопредѣленны. Впрочемъ, такое общее опредѣленіе, если не прибѣгать къ совершенно несоотвѣтствующему существу дѣла опредѣленію самаго числа блокирующихъ судовъ, и не можетъ быть настолько точно, чтобы обезпечить дѣйствительность блокады. Это обезпеченіе гораздо надежнѣе достигается нормированіемъ порядка извѣщенія о блокадѣ.

Извѣщеніе о блокадѣ, согласно съ началами современнаго международнаго права, требуется въ троякой формѣ. Во-первыхъ, требуется общее оповѣщеніе объ установленіи блокады дипломатическимъ путемъ. Не слѣдуетъ думать, что это извѣщеніе совершается исключительно въ интересахъ самаго блокирующаго, и потому есть дѣло meræ facultatis. Если бы блокирующій имѣлъ всегда единственно въ виду прекратить съ непріятельскимъ портомъ сношенія нейтральныхъ, то, дѣйствительно, его собственный интересъ требовалъ бы извѣщенія нейтральныхъ о блокадѣ, чтобы отвратить ихъ отъ поѣздки къ блокируемому порту. Но на практикѣ воюющему можетъ представляться весьма выгоднымъ захватъ нейтральныхъ кораблей, а потому и желательнымъ, чтобы нейтральные чаще пытались нарушить блокаду. Къ тому же, интересамъ нейтральной торговли не могутъ не причинить значительнаго ущерба напрасныя поѣздки къ порту, о блокадѣ которой имъ ничего неизвѣстно. По всему этому вполнѣ разумнымъ представляется международный обычай, вмѣняющій въ прямую обязанность воюющимъ дипломатическое оповѣщеніе о блокадѣ. Однако, это оповѣщеніе не имѣетъ установительной, конститутивной силы. Начало блокады со всѣми ея послѣдствіями считается не со времени оповѣщенія, а со времени фактическаго обложенія порта непріятельскимъ флотомъ [2]).

[1]) Calvo, II, p. 576—599; Gessner, p. 171.

[2]) Gessner, p. 198, 208, 243; Calvo, II, p. 540, 542.

Но въ моментъ установленія блокады, нейтральныя суда могутъ находиться и въ самомъ блокируемомъ портѣ. Поэтому, кромѣ общаго оповѣщенія, требуется, во-вторыхъ, извѣщеніе объ установленіи блокады портового начальства. Однако, для нейтральныхъ судовъ, застигнутыхъ блокадой въ непріятельскомъ портѣ, можетъ быть крайне неудобнымъ оставаться въ немъ до снятія блокады. Въ виду этого, въ международной практикѣ принято давать такимъ нейтральнымъ судамъ льготный срокъ въ теченіе котораго они свободно могутъ выходить изъ блокированнаго мѣста, не подвергаясь захвату, причемъ они могутъ увезти съ собой и товаръ, пріобрѣтенный до установленія блокады [1]).

Въ отношеніи къ судамъ, *входящимъ* въ блокируемое мѣсто, требуется еще такъ называемое спеціальное, нарочитое извѣщеніе о блокадѣ (notification spéciale) [2]) Такъ какъ блокада есть состояніе исключительно фактическое, то и послѣ дипломатическаго извѣщенія о блокадѣ нейтральныя суда могутъ направляться къ блокированному мѣсту, не съ намѣреніемъ нарушить блокаду, а въ надеждѣ, что блокада фактически—или и не установилась, или уже прекратилась, хотя бы временно. Поэтому, прежде чѣмъ нейтральное судно можетъ быть подвергнуто захвату, какъ намѣренно, завѣдомо нарушающее блокаду, необходимо принять мѣры къ тому, чтобы наличность блокады сдѣлалась ему дѣйствительно извѣстной. Этой цѣли и служатъ частныя извѣщенія о блокадѣ каждаго отдѣльнаго нейтральнаго судна. Всѣ писатели, преимущественно англійскіе и американскіе, которые различаютъ блокаду фактическую отъ блокады по праву, утверждаютъ, что только при первой требуются такого рода извѣщенія [3]). Но разъ это различіе отвергается—частныя извѣщенія признаются существеннымъ условіемъ того, чтобы проходъ нейтральнаго судна въ блокируемое мѣсто могъ составлять наказуемое нарушеніе блокады, и все равно—было или нѣтъ сдѣлано дипломатическое оповѣщеніе [4]). Во время крымской войны, Англія не признавала этого начала. Такъ, въ концѣ мая 1854 года, англійскіе крейсеры захватили датское судно, направлявшееся къ состоявшему въ то время въ блокадѣ рижскому порту. Хотя изъ корабельныхъ бумагъ можно было видѣть, что капитану было предписано, если блокада Риги окажется еще неснятой, отправиться въ Мемель,—призъ былъ признанъ законнымъ. Въ отвѣтѣ на сдѣланный по этому поводу запросъ въ палатѣ общинъ, Джемсъ Грагамъ прямо заявилъ, что общее оповѣщеніе о блокадѣ устраняетъ необходимость частныхъ извѣщеній [5]).

---

[1]) Calvo, II, p. 533; Cussy, Phases et causes, II, p. 217.

[2]) Gessner, p. 220, 222; Calvo, II, p. 584; Wheaton, Elements, II, p. 175, 177.

[3]) Wheaton, Elements, II, p. 176; Calvo, II, p. 535.

[4]) Hautefeuille, II, p. 226, 228; Pistoye et Duverdy, Traité, p. 369.

[5]) Gessner, p. 223.

Датскій регламентъ 15-го февраля 1864 года выставилъ теорію, хотя и ближе подходящую къ общепризнанной, но тѣмъ не менѣе крайне неблагопріятную для нейтральной торговли. Обязательность частныхъ извѣщеній признана въ немъ не безусловно, а въ зависимости отъ индивидуальныхъ фактическихъ обстоятельствъ каждаго даннаго случая. Въ практическомъ примѣненіи это сводится, конечно, къ произволу начальника блокирующей эскадры [1]). Практика Соединенныхъ-Штатовъ не установилась опредѣленно [2]). Напротивъ, Франція строго держится начала безусловной необходимости частныхъ извѣщеній, и начало это особенно опредѣлительно выражено бывшимъ министромъ иностранныхъ дѣлъ Моле (Molet) въ его письмѣ (1838) къ морскому министру [3]). Практика ея въ этомъ отношеніи не измѣнилась и въ послѣднюю войну 1870 г. [4]).

Что касается формы частныхъ извѣщеній, то въ этомъ отношеніи установленъ такой порядокъ: когда блокирующія суда замѣтятъ, что какое-нибудь нейтральное судно направляется къ блокируемому мѣсту, то, не захватывая, его предупреждаютъ о блокадѣ, причемъ на корабельныхъ бумагахъ дѣлаютъ отмѣтку о томъ, что извѣщеніе было сдѣлано. Если затѣмъ то же судно и съ тѣми же самыми бумагами, т.-е. въ тотъ же рейсъ, снова пытается войти въ блокируемое мѣсто — оно подлежитъ непосредственному захвату [5]).

Я сказалъ уже, что частныя извѣщенія требуются только въ отношеніи входящихъ судовъ. Въ отношеніи выходящихъ, ихъ замѣняетъ извѣщеніе портовому начальству, да, къ тому же, имъ легче, нежели входящимъ, знать о томъ, продолжается блокада, или нѣтъ [6]).

Такъ какъ блокада есть фактическое состояніе, то установлять ее можетъ тотъ, у кого есть къ тому средства. Но, конечно, уваженіемъ со стороны нейтральныхъ можетъ пользоваться только блокада, установленная законнымъ непріятелемъ, т.-е. или самимъ правительствомъ воюющаго, или уполномоченнымъ къ тому военачальникомъ. Суда самовольно, безъ уполномочія къ тому, общаго или частнаго, установившія блокаду, сами бы подлежали захвату даже со стороны нейтральныхъ, какъ пираты [7]).

Объектомъ блокады можетъ быть всякій вообще непріятельскій и, если это мирная блокада, всякій чужой берегъ. Я указывалъ уже, что

---

[1]) Calvo, II, p. 544.
[2]) Calvo, II, p. 537.
[3]) Ортоланъ, Морское международное право, стр. 200.
[4]) Calvo, II, p. 541.
[5]) Hautefeuille, II, p. 230; Calvo, II, p. 544.
[6]) Hautefeuille, II, p. 232.
[7]) Calvo, II, p. 520; Phillimore. III, p. 474.

въ этомъ отношеніи международное право не ставитъ никакихъ ограниченій. Но изъ самой цѣли блокады—прекратить торговлю съ тѣмъ или другимъ берегомъ, съ тѣмъ или другимъ портомъ, а не вообще препятствовать морской торговлѣ и морскимъ сношеніямъ,—слѣдуетъ уже, что объектомъ блокады не можетъ быть само открытое море. О блокадѣ собственно открытаго моря врядъ ли кто станетъ въ настоящее время и думать. Вопросъ можетъ быть развѣ о такихъ проливахъ, которыя соединяютъ открытыя моря. Блокада такого пролива прекратила бы сношенія не только съ непріятельскими берегами, но и съ нейтральными. На томъ же основаніи не допускается блокада устьевъ рѣкъ, находящихся въ общемъ владѣніи нѣсколькихъ государствъ [1]).

Вопросъ о томъ, можно ли блокировать не отдѣльныя только гавани и мѣста, но цѣлые берега, есть вопросъ чисто фактическій; если воюющій располагаетъ къ тому достаточными средствами, то нѣтъ основанія считать такую блокаду неправильной [2]).

Такъ какъ блокада есть фактическое состояніе, то она продолжается, пока блокирующая эскадра не удалится [3]), причемъ причина ея удаленія безразлична [4]). Объявленія о прекращеніи не требуется [5]). Но временный перерывъ блокады не влечетъ при возобновленіи необходимости новаго дипломатическаго оповѣщенія [6]).

Запрещеніе проѣзда въ блокируемое мѣсто распространяется на всѣ нейтральныя суда, не одни торговыя, но и военныя [7]). Но если заходъ въ блокируемое мѣсто является необходимымъ для возможности продолженія рейса, то онъ не составляетъ нарушенія блокады, напр., если заходятъ за лоцманомъ [8]), или, что еще несомнѣннѣе, если вынуждаются къ тому какимъ нибудь несчастьемъ [9]). Составляетъ ли нарушеніе блокады проникновеніе къ данному мѣсту сухимъ путемъ? Такъ какъ цѣль блокады воспрепятствовать морскимъ сношеніямъ, то вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно [10]), развѣ блокада соединяется съ осадой (blockade by sea and land) [11]).

Для того чтобъ имѣлось нарушеніе блокады, недостаточно одного намѣренія проникнуть въ блокируемое мѣсто, хотя бы и обнаруженное;

---

[1]) Hautefeuille, II, p. 208; Calvo, II, p. 549.
[2]) Gessner, p. 210; Calvo, II, p. 551.
[3]) Hautefeuille, II, p. 213; Gessner, p. 208; Calvo, II, p 557.
[4]) Gessner. p. 209; Calvo, II, p. 555.
[5]) Gessner, p. 208.
[6]) Bluntschli, S. 137 (№ 833 и 834).
[7]) Hautefeuille, II, p. 219; Gessner, p. 236; Calvo, II, p. 524.
[8]) Ортолант, стр. 202; Gessner, p. 225; Calvo II, p. 576.
[9]) Hautefeuille, II, p. 220; Gessner, p. 226.
[10]) Calvo, II, p. 523; Gessner, p. 215; Wheaton, Elements, p. 184.
[11]) Phillimore, III, p. 475.

необходимо покушеніе на осуществленіе этого намѣренія (actus aliquis, non solum consilium) [1]). Поэтому, простое отправленіе корабля къ блокируемому мѣсту еще не составляетъ нарушенія блокады. Для этого требуется, чтобы, подошедши къ мѣсту и убѣдившись въ существованіи блокады, онъ все-таки силою или хитростью старался пройти къ мѣсту своего назначенія [2]). Вопросъ о томъ, убѣдилось ли судно въ существованіи дѣйствительной блокады, есть вопросъ факта [3]), и въ пользу извѣстности блокады не дѣлается никакихъ презумпцій [4]). Доказательствомъ извѣстности служитъ отмѣтка въ корабельныхъ бумагахъ, сдѣланная по началу частнаго извѣщенія о блокадѣ.

Нарушеніе блокады влечетъ за собою конфискацію судна [5]). Грузъ по общему правилу свободенъ отъ конфискаціи. Онъ раздѣляетъ судьбу судна только тогда, когда принадлежитъ или самому хозяину судна, или такому лицу, которое можетъ отвѣчать за дѣйствіе кораблехозяина [6]). Частная собственность пассажировъ, не заинтересованныхъ ни въ судьбѣ груза, ни судна совершенно свободна отъ конфискаціи. Такова, по крайней мѣрѣ, практика американскихъ призовыхъ судовъ [7]).

Кромѣ двухъ указанныхъ и общепризнанныхъ ограниченій свободы нейтральной навигаціи, англійская практика выставляетъ еще третье, извѣстное въ международномъ правѣ подъ именемъ «правила 1756 года» (the rule of the war of 1756, or of the seven years war). Ведя въ то время войну съ Франціей, Англія утверждала, что нейтральные не могутъ вести во время войны такой торговли, которую въ мирное время воюющіе имъ запрещали, а именно, торговли съ колоніями, и подвергала конфискаціи такія нейтральныя суда, которыя нарушали это правило. Въ войну за независимость Америки, Англія не примѣняла этого правила и возобновила его примѣненіе только въ революціонныя войны Франціи, причемъ стремилась распространить запрещеніе не только на торговлю непріятельскими товарами, но и нейтральными. Континентальныя державы не признавали этого правила даже въ отношеніи къ Англіи. Такъ, когда въ 1801 году Англія дозволила, вынужденная голодомъ, подвозить иностранцамъ хлѣбъ въ свои порты, Франція не отрицала за нейтральными права воспользоваться этимъ дозволеніемъ [8]).

---

[1]) Bischof, 60; Gessner, 244; Wheaton, II, p. 179.
[2]) Calvo, II, p. 560 и 564; Wheaton, II, p. 174 и 181.
[3]) Gessner, 220.
[4]) Calvo, II, p. 563.
[5]) Gessner, p. 226; Calvo, II, p. 569.
[6]) Gessner, p. 229 и 230; Calvo, II, p. 570.
[7]) Calvo, II, p. 571.
[8]) Gessner, p. 288–293.

Территоріальность судна, плавающаго въ открытомъ морѣ, кромѣ признанія за нимъ свободы навигаціи, съ указанными ограниченіями, ведетъ еще къ признанію неприкосновенности всего находящагося на немъ [1]); отсюда неприкосновенность непріятельской собственности на нейтральномъ суднѣ, и нейтральной—на непріятельскомъ [2]). Этотъ выводъ изъ основнаго начала, опредѣляющаго положеніе нейтральныхъ въ открытомъ морѣ, въ настоящее время признанъ международнымъ правомъ, но это признаніе является лишь результатомъ долгихъ стараній нейтральныхъ оградить свои интересы. Поэтому не безъинтереснымъ представляется исторія этого вопроса.

Первыя юридическія опредѣленія о занимающемъ насъ вопросѣ, находимъ въ средневѣковомъ сборникѣ морскимъ обычаевъ Consolato del mare. Эти опредѣленія отражаютъ на себѣ общій характеръ той эпохи. Система національныхъ правъ, въ противоположность современной системѣ территоріальныхъ правъ, господствовавшая въ то время, привела къ тому, что Consolato del mare обращаетъ исключительное вниманіе на то, *чей грузъ* и совершенно игнорируетъ вопросъ о томъ, на *чьемъ суднѣ* онъ находится. Нейтральный грузъ свободенъ и на непріятельскомъ суднѣ, непріятельскій подлежитъ конфискаціи и на нейтральномъ [3]).

Возникновеніе новыхъ государственныхъ идей, повлекло за собой измѣненіе этихъ началъ, выраженныхъ въ Consolato. Основаніемъ господства права стала территорія, а не національность. Сообразно съ этимъ, въ особенности со стороны Франціи, которая въ установленіи новыхъ государственныхъ началъ опередила другія государства, было выставлено воззрѣніе, по которому на непріятельскомъ суднѣ подлежитъ конфискаціи и нейтральный грузъ. Послѣдовательное проведеніе этого территоріальнаго принципа должно бы было привесть къ признанію того, что на нейтральномъ суднѣ непріятельскій грузъ свободенъ (vaisseaux libres, biens libres; vaisseaux ennemis, biens ennemis). Такъ это начало и было признано во многихъ трактатахъ, особенно Франціи съ Ганзой. Но въ отношеніи къ Англіи, Франція держалась того начала, по которому нейтральное судно, нагруженное непріятельскимъ товаромъ, подлежитъ и само конфискаціи (role d'ennemi confisque celle d'ami), и въ ордонансѣ 1681 г. это начало выражено, какъ общее правило. Эта теорія, очевидно, основывалась на чисто внѣшнемъ пониманіи равенства: если непріятельское судно лишаетъ неприкосновенности нейтральный грузъ (это выводъ изъ территоріальнаго принципа), то и непрія-

---

[1]) Wheaton, II, p. 169.

[2]) Вопроса о неприкосновенности непріятельской частной собственности на непріятельскихъ же судахъ, какъ не относящагося къ предмету статьи, я здѣсь не касаюсь.

[3]) Bischof, 66.

тельскій грузъ долженъ лишать неприкосновенности нейтральное судно. Эта поправка территоріальнаго принципа въ интересѣ формальнаго равенства дѣлала, конечно, положеніе нейтральныхъ крайне незавиднымъ. Да и безъ нея, примѣненіе территоріальнаго принципа представлялось для нихъ немногимъ лучше теоріи Consolato del mare, которая частью и сохранилась до самаго XVIII столѣтія (утрехтскій трактатъ). Для того, чтобъ получить общее признаніе, территоріальный принципъ дѣйствительно нуждался въ поправкѣ, но совершенно въ обратномъ смыслѣ, нежели правило role d'ennemi confisque celle d'ami. Сохраненіе юридическаго порядка во время войны и въ отношеніи къ воюющимъ ведетъ къ тому, что частная собственность и на непріятельской территоріи признается неприкосновенной. Въ примѣненіи къ судамъ, это начало еще не признано на морѣ, частная непріятельская собственность подлежитъ конфискаціи. До сихъ поръ удалось достигнуть только частичнаго примѣненія этого начала и къ собственности, находящейся на морѣ: неприкосновенность признается только за нейтральной собственностью на непріятельскомъ суднѣ. Это начало освящено парижской декларацією 16 апрѣля 1856 (ст. 3) [1]).

Признаваемое теперь правило: нейтральный флагъ покрываетъ непріятельскій грузъ; нейтральный грузъ свободенъ на непріятельскомъ суднѣ,—не представляется такимъ простымъ и цѣльнымъ, какъ правило Consolato del mare, или правило, основывающееся исключительно на территоріальномъ принципѣ. Но это оттого, что морское международное право переживаетъ теперь само переходную эпоху. Если неприкосновенность частной собственности на морѣ будетъ признана, а къ этому, очевидно, идетъ дѣло, то мы получимъ правила, не только по либеральности, но и по простотѣ, по послѣдовательности превосходящія всѣ прежнія.

Въ заключеніе нельзя не остановиться на вопросѣ о томъ, что заставляетъ соблюдать всѣ изложенныя опредѣленія касающіяся юридическаго положенія нейтральныхъ подданныхъ на нейтральной территоріи, на непріятельской и въ открытомъ морѣ. Что, въ осебенности, можетъ заставить нейтральныхъ уважать свои обязанности?

Отвѣтъ на это не труденъ. Разъ государство остается нейтральнымъ, значитъ большая или, по крайней мѣрѣ, вліятельнѣйшая часть населенія желаетъ мира. Но на ряду съ этимъ, въ каждомъ государствѣ можетъ быть болѣе или менѣе значительная группа лицъ или прямо заинтересованныхъ въ томъ, чтобы помогать одной изъ воюющихъ сторонъ, или, по крайней мѣрѣ, въ томъ, чтобы совершать такія именно дѣйствія, которыя по началамъ международнаго права не могутъ быть до-

[1]) Wheaton, II, p. 99—138; Gessner, p. 246—282.

пущены со стороны нейтральныхъ. Если бы внутреннее законодательство и правительственныя распоряженія и мѣропріятія нейтральнаго правительства не устранили возможность нарушенія обязанностей нейтральныхъ со стороны этой группы лицъ, воюющее государство приступило бы къ репрессаліямъ, которыя могли бы отозваться на благосостояніи не однихъ нарушителей, но и всего нейтральнаго населенія. Отсюда понятно, что вліятельнѣйшая часть нейтральнаго общества всегда стремится къ тому, чтобы устранить возможность подобныхъ нарушеній, вызывающихъ репрессаліи.

Но все это относится только къ положенію и дѣйствіямъ отдѣльныхъ нейтральныхъ подданныхъ; что касается положенія и дѣйствій самаго нейтральнаго правительства, то тутъ, на мой взглядъ, не можетъ быть выставлено юридическихъ опредѣленій, которыя могли бы имѣть международное значеніе. Юридическія лица суть только волевыя машины (Ihering), у нихъ нѣтъ своихъ собственныхъ интересовъ, они служатъ сами интересамъ отдѣльныхъ лицъ, такъ или иначе соединенныхъ въ извѣстныя группы. Поэтому ихъ дѣйствія подчиняются только законамъ цѣлесообразности, благоразумія, но не права. И если взять любое изложеніе международнаго права, не трудно подмѣтить, что весь интересъ въ немъ сосредоточивается на положеніи отдѣльныхъ нейтральныхъ подданныхъ. Если же и говорится о дѣйствіяхъ самаго государства, то только для порядка: эти опредѣленія не имѣютъ практическаго интереса потому, что, въ концѣ-концовъ, я уже имѣлъ случай замѣтить, сводятся къ пресловутому вопросу о различіи справедливой и несправедливой войны.

О Каперахъ.

Возможность столкновенія съ Англіей естественно обратила вниманіе общества на наши морскія силы. Располагая первымъ въ свѣтѣ по силѣ и числу военнымъ флотомъ, Англія, конечно, легко можетъ нанести нашей торговлѣ по примѣру прежнихъ войнъ чувствительный ударъ уже одной блокадой нашихъ береговъ. Какія же средства находятся въ нашемъ распоряженіи? Какимъ путемъ можемъ мы возмѣстить хотя бы отчасти тотъ вредъ, которымъ грозитъ намъ въ случаѣ войны Англія [1])?

Для государства, располагающаго менѣе значительными морскими силами, наиболѣе выгоды представляетъ такъ называемая малая война, т. е. война крейсерами. Большія морскія баталіи цѣлыми эскадрами для прочнаго успѣха требуютъ двухъ условій, равно неисполнимыхъ со стороны государства, не располагающаго большимъ флотомъ. Это, во-первыхъ, возможность противопоставить непріятелю эскадру, превосходящую силою его эскадры, и, во-вторыхъ, возможность быстраго возмѣщенія понесенныхъ утратъ. Большое морское сраженіе, даже при благопріятномъ исходѣ, влечетъ нерѣдко значительный уронъ для участвовавшей въ немъ эскадры. При невозможности быстраго возобновленія иная побѣда можетъ въ конечномъ результатѣ оказаться пораженіемъ и очень тяжелымъ. Напротивъ, при крейсерской войнѣ приходится имѣть дѣло по большей части съ торговыми кораблями, или съ небольшими конвоями и одиночными крейсерами. Къ тому же, потеря при такихъ стычкахъ не можетъ быть значительна и потому легко восполняется. Съ другой стороны, главная цѣль крейсерства—это вредить непріятельской торговлѣ, и потому, понятно, въ малой морской войнѣ вся невыгода какъ разъ на сторонѣ того государства, которое обладаетъ большимъ торговымъ флотомъ [2]).

Въ виду всего вышесказаннаго, нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ войнѣ

---

[1]) Статья эта напечатана въ январѣ 1877 г.

[2]) См. Гривеля, Морская война, переводъ Иванова. Спб. 1871, глава XI.

съ Англіей для Россіи всего нужнѣе легкіе на ходу и командуемые предпріимчивыми людьми крейсеры. А самый дешевый и быстро выполнимый способъ обзавестить крейсерами—это выдавать капёрскія свидѣтельства, т. е. свидѣтельства частнымъ кораблехозяевамъ на право дѣлать нападенія на корабли непріятельскаго флота [1]).

Итакъ, агитація, возбужденная было у насъ въ пользу заведенія Россіей каперовъ, представляется какъ нельзя болѣе естественной, особенно потому, что сторонники ея могутъ съ полнымъ основаніемъ указать и на примѣръ Франціи, гдѣ моряки на случай войны съ Англіей безусловно рекомендуютъ обратиться къ крейсерованію, и въ особенности на примѣръ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, Испаніи и Мексики, отказавшихся присоединится къ деклараціи, отмѣнявшей каперство. Относительно двухъ послѣднихъ государствъ мы можемъ только догадываться, что именно послужило основаніемъ имъ для такого образа дѣйствія. Но основанія, которыми руководствовались Соединенные Штаты, извѣстны. Выраженіемъ ихъ служитъ извѣстная нота статсъ-секретаря Марси 28-го іюля 1856 г. въ отвѣтъ на предложеніе, сдѣланное французскимъ посломъ при вашингтонскомъ кабинетѣ графомъ Сартижъ (comte de Sartiges) присоединиться къ парижской декларации 16-го апрѣля того же года, первая статья которой содержитъ постановленіе объ отмѣнѣ каперства. Эта нота настолько интересна, какъ потому, что исходитъ отъ правительства, подобно нашему располагающаго незначительными морскими силами, такъ и по содержащейся въ ней весьма искусной аргументаціи, направленной противъ первой статьи названной декларации, что я позволю себѣ нѣсколько остановиться на ней.

Утверждать, говорится въ этой нотѣ, чтобы отмѣна каперства могла установить неприкосновенность частной непріятельской собственности на морѣ, невозможно. Оставляя въ принципѣ право захвата торговыхъ судовъ, декларація въ дѣйствительности только ограничиваетъ осуществленіе этого права извѣстнаго рода судами—судами собственно военными, правительственными. Но установленіе такого ограниченія болѣе, чѣмъ безполезно. Въ здравой логикѣ не найти достаточнаго основанія для проведенія подобнаго различія между военными судами и каперами, представляющими полную аналогію съ волонтерами сухопутной арміи; не найти ума, который былъ бы въ состояніи провести разграничительную линію, не найти суда, имѣющаго достаточный и общепризнанный авторитетъ, чтобы рѣшать всѣ сомнѣнія, всѣ споры, которые породитъ проведеніе этого разграниченія между тѣмъ, что такое каперъ и что военное судно. Нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что государства,

[1]) Pistoye et Duverdy, Traité des Prises maritimes 1859, t I, p. 24. См. также депешу Марси 8-го іюля 1856 у Ortolan, Diplomatie de la mer, t. II. Annexes.

располагающія большимъ постояннымъ флотомъ, хлопочутъ объ отмѣнѣ каперовъ: въ этомъ ихъ прямая выгода. Другое дѣло государство, постоянный флотъ котораго представляется вовсе незначительнымъ. Но ни одна нація, сколько-нибудь уважающая себя, не допуститъ иностранныя государства вмѣшиваться въ опредѣленіе характера ея вооруженій. И что касается Соединенныхъ Штатовъ, правительство этого государства твердо убѣждено, что содержаніе большихъ постоянныхъ силъ, какъ на морѣ, такъ и на сушѣ, всегда угрожаетъ и народному благосостоянію, и гражданской свободѣ, и самому миру. Поэтому, оно не можетъ принять первой статьи декларації въ ея настоящей редакціи,—редакціи, которая, будучи принята Соединенными Штатами, принудила бы ихъ или явиться вовсе беззащитными въ случаѣ войны съ государствомъ, имѣющимъ большой постоянный флотъ, или самимъ завести такой же, измѣнивъ этимъ самымъ основнымъ началамъ своей государственной политики. Въ силу всѣхъ этихъ соображеній Соединенные Штаты соглашались присоединиться къ декларації только подъ условіемъ дополненія ея первой статьи слѣдующими словами: «частная собственность подданныхъ или гражданъ одной изъ воюющей державы не можетъ быть захватываема кораблями другой, если только она не заключается въ военной контрабандѣ». Это дополненіе извѣстно подъ именемъ поправки Марси.

Какъ всѣмъ извѣстно, именно Англія воспротивилась принятію этой поправки и Соединенные Штаты остались чуждыми декларації. Но когда въ 1861 году въ средѣ американскаго союза вспыхнула междоусобная война и союзное правительство очутилось какъ разъ въ обратномъ положеніи тому, какое бы ему пришлось занять въ борьбѣ съ Англіей, вашингтонскій кабинетъ, какъ бы въ подтвержденіе имъ же самимъ выраженнаго убѣжденія, что, сохраняя вѣрность правиламъ благоразумія, только то государство можетъ желать отмѣны каперства, которое располагаетъ сравнительно большимъ наличнымъ военнымъ флотомъ, началъ переговоры съ великими европейскими державами о принятіи имъ парижской декларації. Но исполненіе этого намѣренія до окончанія войны было найдено неудобнымъ. Война окончилась при такихъ обстоятельствахъ, что вашингтонскому правительству всего ближе, всего возможнѣе снова представлялся раздоръ съ Англіей, т. е. съ державой, обладающей первымъ въ свѣтѣ военнымъ флотомъ. Дѣйствительно, до рѣшенія возникшихъ между Англіей и союзомъ недоразумѣній женевскимъ третейскимъ судомъ, отношенія между этими государствами представлялись крайне натянутыми. Можно было поэтому ожидать, что охота, выказанная было Соединенными Штатами къ отмѣнѣ каперства, съ измѣнившимися обстоятельствами исчезнетъ. Такъ и случилось. Начатые переговоры по окончаніи войны не были возобновлены и Соединенные

Штаты до сихъ поръ остаются неприсоединившимися къ декларации 16-го апрѣля [1]).

Таковъ примѣръ Соединенныхъ Штатовъ и надо замѣтить, что всѣ тѣ соображенія, которыми ихъ правительство руководствовалось въ своей рѣшимости не отмѣнять каперства, пока не признана безусловная неприкосновенность частной собственности, примѣняются вполнѣ, и даже еще въ большей, сильнѣйшей степени, и въ Россіи. Россія по незначительности своего торговаго флота не подвергается риску потерпѣть значительный уронъ отъ крейсерства. Но военный флотъ Англіи можетъ намъ сильно повредить уже одной блокадой, которая не меньше разоряетъ частныхъ торговцевъ, чѣмъ захватъ кораблей крейсерами.

Можетъ быть еще важнѣе примѣра Соединенныхъ Штатовъ покажутся тѣ указанія, которыя можно почерпнуть изъ политики самой Англіи въ отношеніи къ намъ. Англійское правительство несомнѣнно считало для себя весьма опаснымъ заведеніе Россіей каперовъ. При самомъ началѣ восточной войны оно вошло уже въ переговоры съ Сѣверо-Американскими Штатами объ отмѣнѣ каперства, изъ боязни, чтобы Россія не воспользовалась услугами предпріимчивыхъ мореходцевъ Америки, выдавъ имъ отъ себя каперскія свидѣтельства; союзное правительство отвѣчало, что опасенія Англіи не имѣютъ основанія: законы Соединенныхъ Штатовъ запрещаютъ гражданамъ принимать каперскія свидѣтельства отъ воюющихъ державъ, когда союзъ остается нейтральнымъ [2]). Англія и Франція съ своей стороны отказались отъ выдачи свидѣтельствъ каперамъ, имѣя полное основаніе считать достаточнымъ для себя то число военныхъ крейсеровъ, какимъ могли располагать союзники. Въ изданныхъ по этому поводу декларацiахъ Англіи (28-го марта) и Франціи (29-го марта) причиной воздержанія отъ выдачи каперскихъ свидѣтельствъ выставляется желаніе уменьшить, по возможности, проистекающія отъ войны бѣдствія. Но на дѣлѣ это было мѣрой, направленной прямо къ затрудненію для Россіи пользованія услугами каперовъ. Одновременно съ отказомъ союзниковъ отъ выдачи каперскихъ свидѣтельствъ, большинство нейтральныхъ государствъ обнародовало декларации, въ которыхъ содержалось болѣе или менѣе безусловное запрещеніе корсарамъ, т.-е. тѣмъ же каперамъ, входить въ ихъ гавани, въ особенности съ призами [3]). Такъ какъ въ виду мартовскихъ декларацій французскихъ и англійскихъ каперовъ не предвидѣлось, то ясно, что эти декларации нейтральныхъ имѣли значеніе только

---

[1]) Ortolan, Diplomatie de la mer. II, éd. p. 72. Calvo, Le droit international, II, p. 255.

[2]) Ortolan, Diplomatie de la mer, II, p. 69.

[3]) См. приложенія во второмъ томѣ Ortolan, Diplomatie de la mer.

для Россіи, въ виду блокады ея портовъ, стѣсняя до крайности возможность пользованія для нея каперами. Но если бы и могло еще оставаться какое-нибудь сомнѣніе въ истинномъ смыслѣ отказа союзниковъ отъ каперства, и запрещенія нейтральными входить каперамъ въ ихъ гавани, то испанская декларація 10-го апрѣля 1854 года уже слишкомъ откровенно обнаруживаетъ свой истинный смыслъ. Въ общемъ она повторяетъ содержаніе другихъ декларацій нейтральныхъ государствъ. Оригинальнаго въ ней счетомъ три слова: «sub pabellon ruso». Первая статья испанской декларацiи запрещаетъ допускать въ испанскія гавани какіе-либо каперы, *подъ русскимъ флагомъ*. Притомъ это запрещеніе дѣлается совершенно безусловно. Не упоминается ни объ обычныхъ 24-хъ часахъ, ни даже о случаяхъ необходимости [1]). Интересно сопоставить съ этой декларацiей другую декларацію той же Испаніи 17-го іюня 1861 года по случаю американской войны. Въ этой декларацiи не содержится общаго запрещенія корсарамъ входить въ испанскіе порты; въ третьей статьѣ запрещается только оставаться долѣе 24-хъ часовъ съ захваченными призами, но корсарамъ и военнымъ крейсерамъ безразлично, и то исключая случаевъ крайней необходимости [2]).

Но кромѣ этихъ косвенныхъ, хотя и ясныхъ, указаній можно привесть и болѣе прямыя — слова передовыхъ государственныхъ людей Англіи. «Большая часть нашего флота,—говорилъ лордъ Кларендонъ въ палатѣ лордовъ вскорѣ послѣ изданія декларацiи 16-го апрѣля, — состоитъ въ настоящее время изъ парусныхъ судовъ и потому подвергается чрезвычайной опасности отъ каперовъ съ паровымъ двигателемъ». «Это мы получили при этомъ наибольшую выгоду», выразился о той же декларацiи лордъ Пальмерстонъ въ маѣ 1856 года [3]).

Таковы мотивы, которые могли навесть общественное мнѣніе на мысль о каперахъ: общія соображенія, примѣръ государства, стоящаго въ подобномъ нашему отношеніи къ Англіи, наконецъ, указанія самихъ англичанъ. Но всему этому противополагается лаконическое постановленіе первой статьи парижской декларацiи 16-го апрѣля 1856 г. «La course est et demeure abolie». Чтобы завесть каперовъ надо отказаться отъ этой статьи. Можно-ли и желательно-ли это сдѣлать?

Можно-ли?—Но вѣдь въ сферѣ международнаго права для силы договоровъ нѣтъ другой санкціи, кромѣ взаимности вытекающихъ изъ нихъ выгодъ и невыгодъ. Если государству представляется настолько выгоднымъ отступить отъ исполненія заключеннаго имъ ранѣе договора,

[1]) Вотъ эта статья: Se prohibe en todos los puertos de la monarquia el equipar, abastecer y admitir corsario alguno con pabellon ruso».

[2]) Ortolan, Diplomatie, II, p. 504.

[3]) Ortolan, Diplomatie, II, p. 74.

что эти выгоды перевѣшиваютъ вредъ, могущій произойти отъ предпринятой другимъ контрагентомъ реторсіи, то ничто не въ силахъ и не вправѣ принудить государство къ исполненію такого договора. Доктрина же, утверждающая, будто правительство, заключающее договоръ, связываетъ себя на будущее время самымъ своимъ словомъ, а не одною взаимностью выгодъ, представляется вполнѣ несообразной съ дѣйствительнымъ порядкомъ вещей. Кто рѣшится утверждать, что, издавая законъ, правительство связываетъ себя словомъ не отмѣнять его въ будущемъ? Кто рѣшится послѣдовательно держаться этого пресловутаго положенія, что слово временнаго представителя государства связываетъ его навѣки? Вѣдь этотъ представитель можетъ оказаться недальновиднымъ, неумѣлымъ и даже прямо недобросовѣстнымъ.

Дѣло въ томъ, что въ международномъ правѣ, какъ и во всемъ публичномъ правѣ, договоры не могутъ играть той же роли, какъ въ частномъ. Въ публичномъ правѣ договоры не установляютъ отношеній, они здѣсь только нормируютъ независимо отъ соглашеній участниковъ возникающія отношенія. Въ публичномъ правѣ, такъ сказать, нѣтъ обязательствъ изъ договора (obligationes ex contractu), а только обязательства, возникающія изъ фактическаго состоянія (Zustandsobligationen). Этого долго не понимали. Недалеко то время, когда основаніе государственнаго устройства видѣли въ договорѣ, думали, что договоръ установляетъ государство. Въ государственномъ правѣ эти воззрѣнія теперь уже отброшены, сдѣлавшись исключительно достояніемъ исторіи. Не такъ въ международномъ правѣ. Тамъ они теперь разыгрываютъ роль нашей размѣнной монеты, принимаемой не за свое достоинство, которое никто не цѣнитъ, а просто потому, что нѣтъ подъ рукой другого орудія обращенія. Нельзя же обойтись въ наукѣ вовсе безъ теоретической подкладки, и вотъ, за неимѣніемъ лучшей, удерживаютъ пеструю смѣсь ученій стараго естественнаго права съ разнообразными новѣйшими наслоеніями. Но, какъ бы то ни было, особенность международныхъ договоровъ сравнительно съ частно-гражданскими договорами все-таки сознается, и это сознаніе выражается въ томъ, что въ каждомъ международномъ договорѣ всегда предполагается clausula rebus sic stantibus, что но можетъ имѣть никакого другого смысла, какъ тотъ, что договоръ не основываетъ, а только нормируетъ международныя отношенія и что потому не существованіе договора обусловливаетъ существованіе отношеній, а наоборотъ, существованіемъ отношенія обусловливается существованіе самаго договора. Но если международный договоръ теряетъ силу, когда обстоятельства измѣнятся такимъ образомъ, что выгоды, бывшія первоначально взаимными, сдѣлаются односторонними, то тѣмъ болѣе возможно нарушить договоръ, который съ самаго начала установляетъ одностороннія выгоды и одностороннія тягости.

При всемъ томъ вопросъ не рѣшается такъ просто; выгода того или другого рѣшенія въ такомъ важномъ дѣлѣ какъ отмѣна парижской декларації не оцѣнивается такъ легко. Есть нѣчто высшее, болѣе важное нежели частный военный успѣхъ. Національные интересы опредѣляются не столько тѣмъ, какъ данная нація вредитъ другимъ государствамъ, сколько тою ролью, какую она играетъ въ исторіи человѣчества, тѣми началами, носительницей и поборницей которыхъ она служитъ. Не представится ли, съ этой точки зрѣнія, отступленіе отъ парижской декларації измѣной нашимъ національнымъ интересамъ, вѣрно понятымъ. Не окажется ли тогда роль Россіи болѣе чѣмъ некрасивой. Не явится-ли она тогда въ весьма несимпатичной роли измѣнницы общему направленію всего развитія современной международной жизни, представительницы реакціи прогрессивному движенію въ видахъ мелкихъ разсчетовъ и счетовъ съ своими временными соперницами?

Чтобы оріентироваться въ такой постановкѣ вопроса, надо прежде всего хорошенько выяснить себѣ значеніе первой статьи парижской декларації, относящейся къ отмѣнѣ каперства, ознакомившись и съ ея историческимъ происхожденіемъ, и съ ея содержаніемъ, и съ тѣмъ, что она отмѣняетъ.

Первымъ, кто высказался противъ каперства и за его отмѣну, былъ аббатъ Мабли. Онъ требовалъ отмѣны каперства, такъ какъ полагалъ, что невозможно обезпечить на время войны неприкосновенность частной собственности и свободу плаванія торгующимъ, не отмѣнивъ раньше выдачи каперскихъ свидѣтельствъ [1]). Итакъ, непосредственнымъ предметомъ стремленій Мабли было признаніе и огражденіе неприкосновенности частной собственности во время морской войны: отмѣна каперства только средствомъ. Но сдѣланную имъ постановку вопроса нельзя назвать правильной. Почему, въ самомъ дѣлѣ, каперство должно быть отмѣнено *раньше*? Съ признаніемъ неприкосновенности частной собственности каперство должно пасть само собой. Слѣдовательно, признаніе неприкосновенности частной собственности не только не требуетъ предварительной отмѣны, но даже, наоборотъ, дѣлаетъ такую отмѣну ненужной, такъ какъ она фактически послѣдуетъ тогда, какъ неизбѣжное слѣдствіе. Между тѣмъ, эта постановка вопроса, сдѣланная Мабли, имѣла рѣшительное вліяніе на послѣдующую литературу и сторонниками декларації сохраняется до сихъ поръ.

Иначе былъ поставленъ вопросъ въ практикѣ политической жизни. Тутъ, напротивъ, мы видимъ, что на первомъ планѣ всѣми государствами, стремившимися дѣйствительно къ *общей* свободѣ торговаго мо-

---

[1]) Мартенсъ, Частная собственность, стр. 311; Cussy, Phases et causes célèbres de droit marttime, I, p. 240.

реплаванія, ставится признаніе неприкосновенности частной собственности; отмѣна же каперства является лишь слѣдствіемъ этой главной реформы морского права. И только одна Англія, т.-е. государство, располагающее большимъ военнымъ флотомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ отказывающееся признать неприкосновенность частной собственности, придаетъ отмѣнѣ каперства первенствующую важность и самостоятельное значеніе [1]). Первыя попытки отмѣнить каперство относятся къ концу прошлаго столѣтія, къ 1785 и 1792 годамъ. Правда, еще раньше, въ русско-турецкую войну 1767—1774 годовъ, не было выдаваемо русской императрицей каперскихъ свидѣтельствъ, но патенты были ею заготовлены [2]).

Въ 1785 году былъ заключенъ, при участіи Франклина, трактатъ между Пруссіей и Соединенными Штатами. § 23 этого трактата гласилъ слѣдующее: «если между договаривающимися сторонами случится война, купцы одной изъ нихъ, находящіеся въ другой, могутъ оставаться въ непріятельской территоріи еще девять мѣсяцевъ, для совершенія разсчетовъ и устройства дѣлъ, послѣ чего они могутъ уѣхать совершенно свободно и увезти все свое имущество безъ взякихъ препятствій. Женщины, дѣти, люди науки всѣхъ спеціальностей (gens de lettres—свободныхъ профессій), земледѣльцы, ремесленники и рыболовы, кто невооруженъ и живетъ въ городахъ, деревняхъ и мѣстахъ неукрѣпленныхъ и вообще всѣ, призваніе которыхъ направлено къ поддержанію существованія и общему благу всего человѣческаго рода, будутъ пользоваться свободой продолжать свои занятія и неприкосновенностью, какъ личной, такъ и ихъ жилища; ихъ имущество не будетъ ни сжигаемо, ни иныяъ образомъ истребляемо, ихъ поля не будутъ опустошаемы войсками непріятеля, подъ власть котораго они могутъ подпасть въ силу случай-

[1]) Г. Ф. Мартенсъ спрашиваетъ, опровергая Отфейля: «неужели ни одно государство не могло сообразить, что одна только Англія выиграетъ отъ уничтоженія каперства, между тѣмъ какъ всѣ другія державы лишатся единственнаго средства войны противъ британскаго всемогущества на морѣ». Такое предположеніе такъ мало правдоподобно, что не стоитъ и опроверженія. Мало, что неправдоподобно, просто не вѣрно. Мексика, Испанія, Соединенные-Штаты сообразили это, а ихъ, конечно, нельзя считать всѣхъ вмѣстѣ за «ни одно государство». Но допустимъ, что они не шли въ счетъ. Все-таки нѣтъ никакого основанія предполагать, что и государства, присоединившіяся къ декларацiи, «не сообразили» этого. Напротивъ, намъ хорошо извѣстно, что Англія прямо поставила принятіе ею остальныхъ пунктовъ декларацiи въ зависимость отъ отмѣны каперства. Надо думать, конечно, что государства сочли выгоды, пріобрѣтаемыя ими отъ принятія Англіей остальныхъ пунктовъ декларацiи, достаточнымъ вознагражденіемъ за ту невыгоду для нихъ въ отношеніи къ Англіи, которая вытекаетъ изъ отмѣны первой статьи каперства. Вознагражденіемъ за принятіе первой статьи служитъ принятіе остальныхъ и наоборотъ. Въ этомъ соотношеніи статей и заключается основаніе «нераздѣльности» декларацiи. См. у Мартенса. Частная собственность, стр. 309 in fine.

[2]) Мартенсъ, Частная собственность, стр. 297.

ностей войны; если же встрѣтится надобность воспользоваться чѣмъ-нибудь изъ ихъ имущества, владѣльцу будетъ выплачена равноцѣнная сумма денегъ [1]). Такимъ образомъ этой, такъ называемой «статьей квакера» обезпечивалась полная неприкосновенность частной собственности. Но это постановленіе не получило практическаго примѣненія и даже было опущено при возобновленіи трактата въ 1799 году, причемъ переговоры на этотъ разъ велись чрезъ посредство Дж. Кинси Адамса.

Вторая попытка въ томъ же направленіи—это рѣшеніе французскаго національнаго собранія 1792 года поручить исполнительной власти войти въ переговоры съ иностранными державами объ отмѣнѣ въ предстоящихъ войнахъ каперства и объ обезпеченіи свободы торговаго мореплаванія. Этому постановленію предшествовали весьма оживленныя пренія. Вопросъ былъ возбужденъ соединенными комитетами дипломатіи, морскихъ силъ и торговли, которые чрезъ своего докладчика-депутата Керсена (Kersaint) представили въ засѣданіи 29 мая 1792 года проектъ закона объ обезпеченіи частной собственности на случай морской войны и объ отмѣнѣ каперства. При обсужденіи его было высказано довольно много различныхъ воззрѣній на предметъ; иные высказывались за сохраненіе каперства (Рувье и Гуже), но никто изъ высказавшихся за его отмѣну не предлагалъ сохранить вмѣстѣ съ тѣмъ права захвата торговыхъ судовъ для кораблей военныхъ. Рѣшеніе, принятое собраніемъ, было предложено депутатомъ Верньо (Vergniaux) [2]). Но это рѣшеніе не имѣло успѣха: только ганзейскіе города присоединились къ предложенію французскаго правительства; Испанія представила многочисленныя возраженія; Англія даже не отвѣчала оффиціально [3]) на сдѣланное ей чрезъ французскаго посла въ Лондонѣ Шовелина (Chauvelin) предложеніе [4]).

Попытки установить въ международной практикѣ неприкосновенность частной собственности возобновились затѣмъ не ранѣе 1823 года, когда президентъ Соединенныхъ Штатовъ Монро вошелъ въ переговоры съ Россіей, Англіей и Франціей. Переговоры, тянувшіеся восемь лѣтъ, кончились ничѣмъ и главнымъ образомъ по винѣ Англіи; потому что Соед. Штаты требовали непремѣнно и отмѣны каперства, и неприкосновенности частной собственности [5]). Одновременно съ этимъ Франція въ войнѣ противъ революціоннаго правительства Испаніи рѣшилась не выдавать каперскихъ свидѣтельствъ: она желала придать войнѣ именно

---

[1]) Wheaton, Histoire du droit des gens, t. I, p. 369.

[2]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, t. I, p. 7—14.

[3]) Частный отвѣтъ былъ данъ см. у Phillimore, Commentaries, v. III. Приложенія.

[4]) Calvo, Droit international, II, p. 251. Cussy, Phases et causes, p. 242.

[5]) Calvo, l. c., p. 252. Мартенсъ, Частная собственность, стр. 302.

характеръ войны только противъ правительства, какъ бы вмѣшиваясь въ дѣла Испанія для блага испанскаго народа [1]). Въ войну между Даніей и Германіей въ 1848 году также не было выдаваемо каперскихъ патентовъ [2]).

Во время восточной войны Англія заботилась только объ отмѣнѣ каперства и на парижскомъ конгрессѣ поставила эту отмѣну непремѣннымъ условіемъ принятія съ ея стороны началъ, обезпечивающихъ свободу нейтральной торговли. Какъ мало видѣла Англія въ отмѣнѣ каперства шагъ по пути къ признанію неприкосновенности частной собственности, видно изъ того, что она самымъ рѣшительнымъ образомъ отклонила поправку Марси, направленную именно къ этой цѣли. Такимъ образомъ парижская декларація 16 апрѣля нисколько не выражаетъ собою осуществленія долгихъ стремленій европейскихъ государствъ къ обезпеченію болѣе прочнаго юридическаго порядка на морѣ: эти стремленія имѣли постоянно первою и главною цѣлью признаніе неприкосновенности частной собственности, а отмѣна каперства присоединялась къ этому уже какъ необходимое слѣдствіе. Декларація представляетъ скорѣе отступленіе отъ послѣдовательнаго проведенія этихъ стремленій въ пользу компромисса съ Англіей. Ей сдѣлали уступку, допустивъ отмѣну каперства безъ одновременнаго признанія неприкосновенности частной собственности; она—признала права нейтральной торговли.

Въ правосознаніи европейскихъ народовъ декларація и не переставала представляться, какъ всякій компромиссъ, лишь самымъ неполнымъ и даже искаженнымъ выраженіемъ дѣйствительныхъ стремленій новѣйшаго времени и потому въ послѣдующихъ войнахъ мы видимъ, что государства стремятся дополнить декларацію въ томъ смыслѣ, чтобы установить тотъ общій принципъ, одно изъ слѣдствій котораго было уже освящено декларацією. Въ 1866 году этому первая подала примѣръ Австрія. 13 марта она обнародовала указъ, въ первой статьѣ котораго говорилось, что суда и грузы не могутъ, подъ условіемъ взаимности, быть захватываемы по причинѣ одной лишь принадлежности непріятельской державѣ и объявляемы австрійскими судами законнымъ призомъ военныхъ кораблей. Берлинскій и флорентійскій кабинеты не задумались присоединиться къ почину Австріи [3]).

Черезъ два года въ засѣданіи сѣверо-германскаго рейхстага 18 апрѣля 1868 года докторъ Эгиди сдѣлалъ предложеніе, поддержанное шестнадцатью другими членами и единогласно принятое, уполномочить союзнаго

---

[1]) Pistoye et Duverdy. Traité des prises, I, p. 21.

[2]) Мартенсъ, Частная собственность, стр. 305.

[3]) Calvo, Droit international, II, p. 262.

канцлера войти въ сношенія съ иностранными государствами съ цѣлью установить признаніе неприкосновенности частной собственности на морѣ. Возбужденныя этимъ предложеніемъ пренія представляли не мало интереса. Депутатъ Лессе (Lesse) изъ Данцига представилъ въ своей рѣчи историческій очеркъ попытокъ къ установленію этого начала въ международной практикѣ. Онъ остановился, между прочимъ, на постановленіяхъ въ пользу признанія неприкосновенности на морѣ частной собственности города Бремена, принятыхъ коммерческими совѣтами стараго и новаго свѣта (между прочимъ и англійскими), и на иниціативѣ, сдѣланной въ томъ же направленіи Нидерландами, которая нашла себѣ поддержку во всѣхъ второстепенныхъ государствахъ. Самъ Эгиди, поддерживая свое предложеніе, обратилъ вниманіе рейхстага на то, что его предложеніе направлено не только къ дальнѣйшему развитію морского права, но также и къ упроченію и утвержденію того, что принято на парижскомъ конгрессѣ. Безъ того шага впередъ, какой онъ предлагаетъ, постановленія декларации 16 апрѣля останутся не только неполными, незаконченными, но даже безсильными, въ виду отказа согласиться на отмѣну одного каперства такой морской державы, какъ Соединенные Штаты [1]).

Подобное же предложеніе было сдѣлано во французскомъ законодательномъ корпусѣ Гарнье-Паже, но оно не имѣло практическихъ результатовъ [2]). Въ началѣ франко-прусской войны сѣверо-германское правительство выразило рѣшимость признавать неприкосновенность частной собственности на морѣ; но Франція отказала во взаимности въ этомъ отношеніи, находя, что это создало бы болѣе благопріятное положеніе для Германіи [3]).

Въ 1872 году Соединенные Штаты заключили съ Италіей трактатъ, въ которомъ признана полная неприкосновенность частной собственности [4]).

Такимъ образомъ, если бы въ настоящее время Россія потребовала отъ Англіи признанія неприкосновенности частной собственности, и въ случаѣ отказа, грозила бы въ видѣ реторсіи завести каперовъ,—подобный образъ дѣйствія съ нашей стороны не только бы не представлялъ попытки отказаться отъ дальнѣйшихъ успѣховъ въ развитіи морского права, но, напротивъ, представился бы совершенно согласнымъ съ стремленіями европейскихъ государствъ и особенно всего торговаго міра докончить скорѣе остановившуюся на полпути реформу. Никто не обязанъ терпѣть добровольно невыгоды, обусловливаемыя полуреформой, въ угоду другой

[1]) Calvo, l. c., 265.
[2]) Ibidem, p. 267.
[3]) Ibidem, II, p. 269.
[4]) Ibidem, p. 270.

державѣ, извлекающей изъ такого аномальнаго положенія вещей мнимыя или истинныя выгоды.

Но реторсія можетъ быть оправдываема только при одномъ условіи: именно, если мѣра, принимаемая въ качествѣ ея, не есть сама по себѣ большее зло, чѣмъ самое то дѣйствіе иностраннаго государства, противъ котораго она направлена. Другими словами, примѣняясь къ занимающему насъ вопросу, не есть-ли каперство большее зло, чѣмъ непризнаніе неприкосновенности на морѣ частной собственности? Такъ именно ставятъ вопросъ безусловные сторонники парижской декларації [1]). Чтобы отвѣчать на этотъ вопросъ надо условиться, какъ именно понимать его. Если понять его буквально, то отрицательный отвѣтъ слишкомъ очевиденъ для каждаго. Каперство относится къ праву захвата частной собственности, какъ слѣдствіе къ причинѣ, имѣющей и другія неблагопріятныя послѣдствія. Но часть не можетъ быть больше цѣлаго. Одно изъ слѣдствій не можетъ быть зломъ большимъ, чѣмъ причина, порождающая и другія послѣдствія, представляющіяся также зломъ. Очевидно, съ нѣкоторымъ основаніемъ можно говорить о томъ, что осуществленіе права захвата съ помощью каперовъ представляетъ квалифицированный, худшій способъ; что каперство къ злу, проистекающему изъ права захвата, присоединяетъ новое зло, ему одному свойственное.

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, надо остановиться на разсмотрѣніи, нѣсколько подробномъ, того, что такое каперство и въ чемъ заключаются особенности его въ сравненіи съ крейсерствомъ военныхъ кораблей.

Каперство существуетъ не менѣе пяти вѣковъ. Первоначально съ открытіемъ войны между двумя государствами частные кораблехозяева получали ipso facto право вредить непріятелю на морѣ, причемъ захваченная ими морская добыча обращалась въ ихъ полную собственность. Такой порядокъ вещей, по совершенному отсутствію какого либо контроля со стороны государства надъ дѣятельностью этихъ судохозяевъ, мало чѣмъ отличавшихся отъ прямыхъ пиратовъ, вскорѣ оказался гибельнымъ для отечественнаго ихъ государства и въ особенности для нейтральныхъ державъ. Чтобы обезпечить свою торговлю отъ злоупотребленій со стороны этихъ морскихъ промышленниковъ, государства стали ограничивать съ одной стороны самое право участвовать въ военныхъ дѣйствіяхъ противъ непріятеля на морѣ, а съ другой—старались подчинить правительственному контролю самое осуществленіе этого права со стороны тѣхъ, кому оно было предоставляемо. Съ этою цѣлью правительства морскихъ державъ съ XIV столѣтія установляютъ выдачу каперскихъ свидѣтельствъ, обязательныхъ для каждаго, кто не желаетъ

[1]) Мартенсъ, Частная собственность, стр. 315.

считаться пиратомъ, а законность каждаго отдѣльнаго захвата подвергаютъ судебному контролю.

Свидѣтельства каперскія—lettres de marque получили свое начало отъ уже вышедшихъ теперь изъ употребленія lettres des répressailles. Эти lettres des répressailles установлены были въ видахъ ограниченія частныхъ усобицъ, и заключали въ себѣ дозволеніе получавшему ихъ лицу самовластно осуществлять свое право въ тѣхъ случаяхъ, когда ему было отказано въ справедливости. Подобно этимъ свидѣтельствамъ, уполномочивавшихъ къ частной войнѣ между гражданами, правительства въ видахъ устраненія произвола и злоупотребленій каперовъ стали выдавать свидѣтельства, уполномочивавшія къ участію въ государственной войнѣ, причемъ въ обезпеченіе отвѣтственности капера за неправильный образъ дѣйствія требовалось представленіе залога. Наиболѣе древнія постановленія относятся еще къ концу XIII столѣтія. Таково постановленіе Альфонса III, короля Аррагоніи [1]), и пизанское breve curiæ maris 1298 года. Но болѣе прочное значеніе получили эти мѣры только съ XIV столѣтія. Въ самомъ началѣ столѣтія былъ изданъ въ этомъ смыслѣ генуэзскій статутъ 1316 года [2]). Въ 1356 году Петръ Аррагонскій утвердилъ постановленія, принятыя уже при Альфонсѣ III [3]). Но рѣшительное значеніе имѣлъ въ исторіи каперства французскій ордоннансъ sur le faict de l'amirauté 1373 года, изданный Карломъ V [4]), и многіе считаютъ его первымъ по времени закономъ, дѣйствительно установившимъ обязательность каперскихъ свидѣтельствъ. Въ Англіи въ 1414 году былъ установленъ только судебный контроль адмиралтейства надъ законностью каждаго отдѣльнаго приза, но испрошеніе свидѣтельства на занятіе каперствомъ еще не требовалось. Въ Нидерландахъ въ 1487 году былъ изданъ уставъ о каперахъ, подобный французскому ордоннансу [5]). Въ Ганзѣ выдача каперскихъ свидѣтельствъ установилась еще въ 1362—1364 годахъ; но эти каперы съ ихъ Stehl или Raubbriefe скоро выродились въ прямыхъ пиратовъ, съ похвальбой называвшихъ себя «Gottes Freunde und aller Welt Feinde», такъ что сама Ганза принуждена была воевать съ ними [6]). Впрочемъ, особенное развитіе и значеніе каперы получили не раньше XVI столѣтія, когда войны морскія, благодаря открытіямъ Колумба и Васко-де-Гама, получили преимущественно меркантильный характеръ [7]).

---

[1]) Каченовскій, О каперахъ, стр. 11.

[2]) Dictionnaire général de la politique par Maurice Block, art. Prises, par F. Hélie.

[3]) Calvo, Droit international, II, p. 243.

[4]) Каченовскій, О каперахъ, 14—20. Обыкновенно его относятъ къ 1400 г., т. е. къ царствованію Карла VI.

[5]) Dictionnaire de la politique p. M. Block, art. Prises.

[6]) Каченовскій, О каперахъ, стр. 16—24.

[7]) Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 174.

Въ настоящее время испрошеніе каперскаго свидѣтельства считается безусловно обязательнымъ для всякаго, кто не желаетъ, чтобы его сочли пиратомъ [1]). Это требованіе проводится настолько строго, что если торговое судно, не имѣющее свидѣтельства, возьметъ въ плѣнъ напавшее на него непріятельское судно, этотъ захватъ не установляетъ приза: захваченное судно дѣлается собственностью государства, а захватившій (взятель, kaptor, capteur) можетъ только просить о вознагражденіи за оказанную имъ храбрость [2]). Въ виду этого, кромѣ собственно каперскихъ свидѣтельствъ, lettres de marque, выдающихся судамъ, исключительно посвящающимъ себя каперству, выдаютъ иногда еще и такъ называемыя lettres de commission [3]) или commissions en guerre et marchandises [4]), которыя даются судамъ, занимающимся собственно торговлей, но не желающимъ отказаться отъ возможности, при удобномъ случаѣ, захватить и призъ.

Каперское свидѣтельство можетъ быть выдаваемо только сувереномъ, или лицомъ, особо къ тому отъ него уполномоченнымъ [5]). Примѣненіе этого правила можетъ представить затрудненія только въ случаяхъ государственныхъ переворотовъ. Въ подобныхъ случаяхъ возникаетъ вопросъ, кто можетъ выдавать свидѣтельства каперамъ: фактическій государь или еще пользующійся признаніемъ, но фактически уже лишенный власти. Во время войны за независимость Нидерландовъ Испанія считала каперовъ, имѣвшихъ свидѣтельства отъ революціоннаго нидерландскаго правительства (такъ наз. gueux de mer), за пиратовъ, основываясь на томъ, что она не признавала законнымъ это правительство [6]). Подобное же воззрѣніе стремилась проводить и Англія во время войны съ возставшими Сѣверо-Американскими Штатами и позднѣе въ войну съ Франціей въ революціонную эпоху. Послѣдній случай особенно замѣчателенъ; Англія, вмѣстѣ съ Россіей, требовала отъ нейтральныхъ государствъ (Даніи и Швеціи), чтобы они признавали выданныя французскимъ республиканскимъ правительствомъ каперскія свидѣтельства ничтожными и потому считали бы имѣющихъ ихъ каперовъ за пиратовъ. Въ этомъ смыслѣ въ іюлѣ и августѣ 1793 года англійское и русское правительства обратились съ нотами къ копенгагенскому и стокгольмскому дворамъ. Данія и Швеція отклонили это предложеніе. Въ англійской нотѣ

---

[1]) Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 183.

[2]) Kaltenborn, Seerecht, II, p. 364; Phillimore, Commentaries, v. III, p. 598. Уставъ торговаго мореплаванія, ст. 1056. Martens, Essai concernant les armateurs, p. 55.

[3]) Martens, Essai concernant les armateurs, p. 56.

[4]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 159.

[5]) Martens, Essai, p. 52.

[6]) Martens, Essai, p. 53.

отъ 17 іюля указывалось, что будто бы датскія суды впадутъ въ самопротиворѣчіе, если будутъ признавать патенты, выданные непризнанной со стороны Даніи властью; что во Франціи нѣтъ никакой признанной власти, которая могла бы нормировать дѣятельность каперовъ и къ которой бы нейтральное правительство могло обратиться съ требованіемъ наказать арматоровъ, нарушившихъ такія правила, безъ соблюденія которыхъ они превращаются въ пиратовъ. Датскій министръ иностранныхъ дѣлъ Бернсторфъ отвѣчалъ на это, что хотя Данія дѣйствительно не признаетъ французской республики, тѣмъ не менѣе во Франціи существуетъ фактическое правительство, способное охранять права нейтральныхъ отъ возможныхъ злоупотребленій со стороны французскихъ каперовъ, и что хотя съ Франціей не поддерживается постоянныхъ оффиціальныхъ сношеній, все-таки войти въ сношенія по поводу отдѣльнаго частнаго случая вполнѣ возможно; что, наконецъ, Данія, принявъ англійское предложеніе, нарушила бы обязанности нейтральной державы. Въ томъ же смыслѣ послѣдовалъ отвѣтъ и со стороны Швеціи. Такимъ образомъ попытка Англіи, поддержанной Россіей, осталась безуспѣшной и сама она въ теченіи этой войны не отказывала въ признаніи французскихъ каперскихъ свидѣтельствъ законными [1]). Во время междоусобной войны въ Соединенныхъ Штатахъ союзное правительство объявило было, что будетъ считать конфедеративныхъ каперовъ пиратами, но на дѣлѣ не держалось этого взгляда [2]).

Можетъ представиться и обратный этому случай, что свидѣтельства каперскія будутъ выданы государемъ еще признаваемымъ, но фактически уже потерявшимъ власть. Такъ было съ Яковомъ II Стюартомъ [3]). Если принять въ соображеніе, что единственнымъ основаніемъ обязательности каперскихъ свидѣтельствъ служитъ обезпеченіе возможности контролировать дѣятельность каперовъ, то не трудно понять, что свидѣтельства, выданныя государемъ, фактически уже утратившимъ власть, не могутъ считаться законными, такъ какъ дѣйствительный, фактическій контроль неосуществимъ безъ фактической власти.

Болѣе разногласій возбуждалъ вопросъ о томъ, кому можетъ быть выдано свидѣтельство. Прежде всего слѣдуетъ указать, что нельзя выдавать свидѣтельства лицу, имѣющему уже его отъ другого государства, ибо въ случаѣ нахожденія у капера двойныхъ каперскихъ свидѣтельствъ онъ считается за пирата [4]). Одни писатели не допускаютъ полученія

---

[1]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 161; Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 188.

[2]) Bluntschli, Das moderne Völkerrecht, § 349, n. 3.

[3]) Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 187. Martens, Essai, p. 53. Cussy, Phases et causes, II, p. 172.

[4]) Martens, Essai, p. 59.

двойныхъ свидѣтельствъ безусловно [1]); другіе дѣлаютъ исключеніе для союзниковъ, такъ что свидѣтельства, полученныя отъ двухъ союзныхъ государствъ, считаютъ законными [2]). Первое воззрѣніе, принимаемое и англійской практикой, представляется однако болѣе послѣдовательнымъ. Полученіе свидѣтельствъ отъ двухъ союзныхъ государствъ не можетъ имѣть иной цѣли, какъ желаніе получить возможность по произволу мѣнять свою подсудность разнымъ судамъ и законамъ, что, конечно, не можетъ не ослабить контроля надъ каперами и ихъ отвѣтственности.

Не меньше разногласій существуетъ по отношенію къ вопросу о законности свидѣтельствъ, выданныхъ иностранцамъ. Свидѣтельству, выданному подданному союзной воюющей державы, отказывать въ признаніи его законнымъ нѣтъ основанія, да, впрочемъ, этотъ случай и не представляетъ большого практическаго значенія, такъ какъ нѣтъ никакого основанія къ тому, чтобы въ этомъ случаѣ свидѣтельство не могло быть выдано самимъ союзникомъ. Болѣе интереса и вмѣстѣ болѣе затрудненій представляетъ вопросъ о допустимости выдачъ свидѣтельствъ иностранцамъ, подданнымъ нейтральной державы. Мартенсъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что *выдавать* каперскія свидѣтельства нейтральнымъ иностранцамъ можно, но сами нейтральныя правительства, чтобы исполнить обязанности, налагаемыя нейтралитетомъ, должны запретить своимъ подданымъ пріемъ такихъ свидѣтельствъ [3]). Но это скорѣе лишь постановка вопроса, чѣмъ его рѣшеніе. Дѣйствительно, принявъ это положеніе, все-таки еще остается разрѣшить, какъ должно относиться къ каперамъ, принадлежащимъ къ нейтральному государству но получившимъ свидѣтельство отъ воюющаго. Тутъ надо различать два случая. Если нейтральное правительство запретило своимъ гражданамъ пріемъ отъ иностраннаго государства каперскихъ свидѣтельствъ, то вопросъ рѣшается легко: другая воюющая держава имѣетъ полное основаніе не считать законнымъ такое свидѣтельство, принятое арматоромъ въ нарушеніе запрещенія его правительства. Впрочемъ, иные полагаютъ, что, принимая свидѣтельство отъ воюющей державы, нейтральный подданный денаціонализируется. Но, если бы и такъ, для того, чтобы каперское судно сочтено было непріятельскимъ, необходимо, чтобы экипажъ его состоялъ въ большинствѣ изъ непріятельскихъ подданныхъ, такъ какъ одинъ флагъ и національность судохозяина не рѣшаетъ еще вопроса о принадлежности судна. Однако это мнѣніе, поддерживаемое Массэ, нельзя признать состоятельнымъ. Если бы оно вело только къ тому, чтобы съ такими каперами не обращались какъ съ пиратами, оно могло бы

[1]) Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 190. Cussy, Phases et causes, I, p. 245. Martens, Essai, p. 60.

[2]) Calvo, Droit international, II, p. 247.

[3]) Martens, Essai, p. 57.

еще имѣть нѣкоторую основательность. Но дѣло въ томъ, что послѣдовательное проведеніе этого взгляда приводитъ къ тому, что воюющій, захвативъ такого капера, не только не можетъ казнить его какъ пирата, но даже не можетъ выдать его для наказанія нейтральному правительству, ибо каперъ, по взгляду Массэ, уже пересталъ быть его подданнымъ. Слѣдовательно, Массэ требуетъ, чтобы воюющіе сами стремились обезсилить изданныя въ ихъ выгоду постановленія нейтральныхъ [1]).

Если нейтральное правительство не запрещаетъ своимъ гражданамъ принимать отъ иностранныхъ государствъ каперскія коммисіи, то воюющій, конечно, можетъ принять по отношенію къ этому нейтральному репрессаліи. Но какъ далеко могутъ эти репрессаліи идти, могутъ ли онѣ заключаться въ томъ, что каперы нейтральнаго государства, получившіе свидѣтельства отъ другой воюющей стороны, будутъ разсматриваться какъ пираты? Если дать отрицательный отвѣтъ [2]), то остается необъяснимымъ, почему, предоставляя вообще воюющимъ принимать репрессаліи въ этомъ случаѣ, должно отказывать имъ въ принятіи той именно репрессаліи, которая представляется наиболѣе соотвѣтствующей обстоятельствамъ, наиболѣе цѣлесообразной и вмѣстѣ едва-ли не наименѣе приносящей вредъ нейтральной націи въ ея цѣломъ. Напротивъ, утвердительное рѣшеніе предложеннаго вопроса можетъ опереться на весьма вѣскія соображенія. Если государство остается нейтральнымъ, оно тѣмъ самымъ выражаетъ свою рѣшимость не помогать ни той, ни другой изъ воюющихъ державъ, ни принимать вообще какого-либо участія въ военныхъ дѣйствіяхъ.

Но какой же смыслъ, при такой рѣшимости, можетъ имѣть дозволеніе гражданамъ принимать отъ воюющихъ каперскія коммисіи? Такое дозволеніе можетъ быть объяснено только желаніемъ принять участіе въ допускаемомъ при морскихъ войнахъ грабежѣ. Но если единственная цѣль такихъ каперовъ—не помощь военному флоту воюющихъ, а только грабежъ, то они совершенно приравниваются этимъ самымъ къ пиратамъ [3]). Это соображеніе въ особенности примѣнимо къ тѣмъ нейтральнымъ, которые, какъ это бывало прежде, даже сами являлись заинтересованными въ каперскихъ коммисіяхъ ихъ подданныхъ. Подобнаго образа дѣйствія держались не только мелкія итальянскія государства, въ томъ числѣ и папское, но также и Швеція, Нидерланды и др. Всѣ эти примѣры относятся къ концу прошлаго столѣтія [4]).

На практикѣ воюющія государства склонны всегда строго относиться къ принятію каперскихъ коммисій нейтральными подданными. Такъ, въ

[1]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 179.
[2]) Martens, Essai, p. 58.
[3]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 177.
[4]) Ibidem, p. 175.

1838 г. во время французской экспедиціи въ Веракруцъ было объявлено, что французское правительство будетъ считать пиратомъ всякаго корсара, не принадлежащаго къ мексиканскому государству. То же начало было принято въ 1847 году Сѣверо-Американскими Соединенными Штатами въ войну съ Мексикой [1]). Впрочемъ, въ настоящее время большинство государствъ запрещаетъ своимъ подданнымъ принимать каперскія коммисіи отъ иностраннаго правительства.

Съ точки зрѣнія международнаго права правительство вправѣ выдавать каперскія свидѣтельства всѣмъ своимъ подданнымъ; но соображенія внутренней политики, интересы самихъ правительствъ, требуютъ нѣкоторыхъ ограниченій, именно не допускается выдача каперскихъ свидѣтельствъ должностнымъ лицамъ, въ особенности морякамъ, консуламъ и тѣмъ вообще, кто призванъ наблюдать за каперствомъ и судить призы [2]). Рѣдко бываетъ, чтобы лицо, испросившее себѣ каперское свидѣтельство, само отправлялось на крейсерство въ качествѣ капитана судна [3]). Обыкновенно арматоръ (хозяинъ судна) нанимаетъ для себя капитана такъ, что самъ рискуетъ только затраченнымъ капиталомъ. Капиталъ этотъ настолько великъ, однако, что по большей части арматоромъ является не отдѣльное лицо, а цѣлое общество [4]). Эти общества подчиняются общимъ правиламъ о коммерческихъ обществамъ. Кто бы ни былъ арматоръ, онъ отвѣтствуетъ за дѣйствія капитана крейсирующаго судна.

Выдача каперскихъ свидѣтельствъ совершается не иначе, какъ по представленіи извѣстнаго залога въ обезпеченіе гражданской отвѣтственности арматора. Обыкновенно обязательный размѣръ залога устанавляется внутренними распоряженіями, въ разныхъ государствахъ различный. Но можно указать также трактаты, въ которыхъ договаривающіяся стороны опредѣляютъ на случай войны обязательный для нихъ минимумъ залога [5]). Требованіе обязательнаго залога возбуждаетъ два очень важныхъ вопроса. Ограничивается ли размѣромъ залога отвѣтственность арматора, и, затѣмъ, отвѣтственность государства по отношенію къ нейтральнымъ. Хотя бывали примѣры, что государства ограничивали отвѣтственность арматора только залогомъ, однако по общему правилу онъ отвѣтственъ всѣмъ своимъ имуществомъ [6]). Кромѣ того, напр., французское законодательство установляло солидарную отвѣтственность арматоровъ и капитановъ [7]). Что касается отвѣтственности самаго правительства относи-

[1]) Calvo, Droit international, II, p. 248.

[2]) Hautefeuille, Droits des neutres, I, p. 188.

[3]) Martens, Essai, p. 17.

[4]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 214.

[5]) Cussy, Phases et causes, I, p. 248.

[6]) Dictionnaire général de la politique, M. Block, art. Prises; Phillimore, Commentaries, III, p. 701.

[7]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 200.

тельно нейтральныхъ, то этотъ вопросъ не получилъ прямаго разрѣшенія ни въ законахъ, ни въ трактатахъ. Правда, тѣ трактаты, въ которыхъ опредѣляется обязательный минимумъ залога, даютъ поводъ думать, что заключавшія ихъ государства признавали взаимную отвѣтственность лишь въ размѣрѣ залога. Но Отфейль объясняетъ это въ томъ смыслѣ, что нейтральный имѣетъ право иска, если онъ не превышаетъ залога, только къ арматору; если же превышаетъ—къ самому правительству, и что опредѣленіе размѣра залога сдѣлано въ этихъ трактатахъ лишь въ виду того, чтобы большею отвѣтственностью обезпечить со стороны арматоровъ большую осторожность [1]).

Изъ того положенія, что отвѣтственность арматоровъ не ограничивается размѣромъ залога, вытекаетъ запрещеніе испрашивать каперскія свидѣтельства на имя подставнаго лица, такъ какъ арматоры обыкновенно люди богатые, а подстановка другого лица имѣетъ цѣлью освободиться отъ отвѣтственности [2]). Кромѣ залога, требуется иногда еще и присяга [3]).

Каперскія свидѣтельства даются обыкновенно на опредѣленный срокъ, по истеченіи котораго они совершенно ничтожны. Но дѣйствіе ихъ, кромѣ того, прекращается съ окончаніемъ войны [4]). Однако, въ моментъ заключенія мирнаго договора въ морѣ могутъ находиться каперы, ничего не знающіе о немъ, и добросовѣстно (bona fide) захватывать призы. Поэтому въ мирныхъ договорахъ обыкновенно опредѣляется извѣстный срокъ, въ теченіи котораго призы, совершенные уже послѣ заключенія мира, считаются еще законными [5]). Если такого постановленія въ договорѣ нѣтъ, то призъ, совершенный послѣ заключенія мира, не считается законнымъ, возвращается, но если арматоръ не зналъ о заключеніи мира, то онъ не отвѣтствуетъ ни въ уголовномъ (какъ пиратъ), ни въ гражданскомъ порядкѣ (за причиненные имъ убытки). Однако, нѣкоторые авторы (Hübner, Hautefeuille) полагаютъ, что если даже въ договорѣ между воевавшими державами будетъ опредѣленъ срокъ, въ теченіи котораго право захвата продолжается еще и послѣ мира, это имѣетъ силу только для воевавшихъ, но не для нейтральныхъ [6]). Время дѣйствія каперскаго свидѣтельства ограничивается иногда еще и въ томъ смыслѣ, что непріятельскимъ судамъ дается извѣстный срокъ для свободнаго возвращенія на родину (напр. въ восточную войну—6 недѣль) [7]).

---

[1]) Hautefeuille, Droits des neutres, III, p. 364 ss.
[2]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 183.
[3]) Martens, Essai, p. 63.
[4]) Ibidem, p. 112.
[5]) Cussey, Phases et causes, I, p. 291.
[6]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 141 ss.
[7]) Ibidem, p. 122.

Кромѣ времени, дѣйствіе каперскаго свидѣтельства ограничивается пространствомъ. Каперъ можетъ осуществлять право захвата только въ открытомъ морѣ и территоріальныхъ моряхъ своего государства и непріятельскомъ, но не въ нейтральномъ [1]). Для предотвращенія столкновеній въ нейтральномъ территоріальномъ морѣ двумъ непріятельскимъ судамъ разныхъ государствъ не позволяется выходить изъ нейтральной гавани раньше чѣмъ черезъ 24 часа другъ послѣ друга [2]). Эти ограниченія общія и для военныхъ крейсеровъ, и для каперовъ; но для послѣднихъ существуетъ еще одно спеціальное ограниченіе: они не могутъ брать призовъ, преслѣдуя ихъ въ непріятельскихъ рѣкахъ [3]).

Но самыя важныя ограниченія—это ограниченія по предметамъ захвата. Непріятельскія суда подлежатъ захвату только подъ однимъ ограниченіемъ: суда рыболововъ считаются безусловно неприкосновенными [4]). Непріятельскій грузъ на нейтральномъ суднѣ, по правилу pavillon couvre marchandise, считается неприкосновеннымъ, развѣ составляетъ военную контрабанду [5]).

Что касается, напротивъ, нейтральныхъ судовъ, то они по правилу неприкосновенны. Захватъ допускается:

1) Когда корабельныхъ бумагъ нѣтъ, или онѣ не въ порядкѣ.

2) Когда большинство экипажа составляютъ непріятельскіе подданные.

3) Когда капитанъ добровольно не отдаетъ находящейся на суднѣ контрабанды.

4) Когда нейтральное судно нарушаетъ блокаду.

На каждомъ кораблѣ должны находиться бумаги, опредѣляющія его національность и назначеніе (паспортъ, congé); первое выдается на всегда, второе на каждый рейсъ отдѣльно. Кромѣ того, должны имѣться списки экипажа и товаровъ. Если этихъ бумагъ не оказывается, если при приближеніи капера капитанъ ихъ броситъ въ воду, если подлинность ихъ возбудитъ сомнѣніе, или онѣ окажутся двойными—во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто захватъ и нейтральнаго судна [6]). Само собой разумѣется, что захватъ имѣетъ мѣсто и тогда, когда изъ разсмотрѣнія бумагъ окажется, что судно, плавающее подъ нейтральнымъ флагомъ, въ дѣйствительности непріятельское. Продажа непріятельскаго

---

[1]) Martens, Essai, p. 66.

[2]) Ibidem, p. 67.

[3]) Ibidem, p. 66.

[4]) Ibidem, p. 69; Cussy, Phases et causes, II, p. 164—167.

[5]) Парижская декларація 1856 г. апрѣля 16.

[6]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 416 et ss. Cussy, Phases et causes, II, p. 112 et ss. Martens, Essai, p. 73—77.

судна нейтральному подданному уже послѣ начатія войны не избавляетъ его отъ захвата [1]).

Относительно экипажа требуется, чтобы капитанъ и извѣстная часть матросовъ (отъ ½ до ¾) были нейтральными подданными. Въ противномъ случаѣ, судно не считается нейтральнымъ [2]).

Если капитанъ нейтральнаго судна добровольно отдастъ находящуюся на немъ контрабанду, то конфискуется только контрабанда. Но если каперъ не можетъ помѣстить на своемъ суднѣ весь грузъ, составляющій контрабанду, онъ можетъ заставить нейтральное судно довести этотъ грузъ съ нимъ вмѣстѣ до ближайшей гавани [3]).

Блокада обязательна для нейтральныхъ только подъ двумя условіями, это 1) чтобы она была дѣйствительной, а не фиктивной блокадой, и 2) чтобы она была объявлена. Самое объявленіе должно совершиться въ двоякой формѣ: должно быть общимъ образомъ, путемъ дипломатическихъ сношеній, объявлено нейтральнымъ о блокадѣ и, кромѣ того, каждому отдѣльному судну, подходящему къ блокируемому мѣсту, дѣлается особое извѣщеніе о томъ же, если оно встрѣтится съ крейсеромъ. Для того, чтобы захватъ судна былъ законенъ, достаточно этой послѣдней формы объявленія, и вмѣстѣ съ тѣмъ она необходима. Самое объявленіе о блокадѣ письменно отмѣчается на корабельныхъ документахъ, и затѣмъ судно, имѣющее на своихъ документахъ такую отмѣтку, считается уже подлежащимъ захвату [4]).

Для того, чтобы удостовѣриться въ наличности какого-либо изъ этихъ четырехъ условій, которыя установляютъ законность захвата нейтральнаго судна, необходимо его осмотрѣть. Каперамъ предоставляется право осмотра нейтральныхъ торговыхъ кораблей, только съ однимъ исключеніемъ: если суда нейтральныя сопровождаются военнымъ конвоемъ [5]). Въ этихъ случаяхъ допускается только словесный опросъ офицера, командующаго конвоемъ. Это исключеніе представляется лишь выводомъ изъ того общаго правила, что правительственныя суда не подлежатъ осмотру [6]). Присутствіе военнаго конвоя должно служить достаточнымъ ручательствомъ за подлинность флага конвоируемыхъ.

По установившемуся правилу, никакое судно не можетъ напасть на другое, не заявивъ о своей національности. Такъ какъ осмотръ можетъ въ результатѣ привесть къ захвату, то и ему должно предшествовать тоже самое. Поэтому каперъ при встрѣчѣ съ другимъ судномъ обязанъ

---

[1]) Pistoye et Duverdy, II, p. 1 et ss.
[2]) Ibidem, p. 30 et ss.
[3]) Martens, Essai, p. 84.
[4]) Pistoye et Duverdy, I, p. 365 et ss.
[5]) Martens, Essai, 71. Cussy, Phases et causes, I, p. 235 et ss.
[6]) Hautefeuille, Droits des neutres, III, p. 120—166.

выкинуть флагъ своей національности и подтвердить его выстрѣломъ изъ пушки (coup de semonce ou d'assurance). Каперамъ обыкновенно позволяется имѣть у себя разные флаги и употреблять ихъ смотря по надобности и удобству. Но подтвердительный выстрѣлъ можетъ быть совершенъ только подъ истиннымъ флагомъ. Впрочемъ, англійская практика стремится провести другой взглядъ, именно, что coup de semonce, дѣлаемый холостымъ зарядомъ, можетъ совершиться и подъ ложнымъ флагомъ и только дѣйствительныя непріязненныя дѣйствіа (tirer á boulet) требуютъ поднятія истиннаго флага. Кто станетъ сражаться подъ чужимъ флагомъ, уже безусловно приравнивается пирату [1]).

Если встрѣченное судно послѣ сдѣланнаго подтвердительнаго выстрѣла (navire semoncé) [2]), вмѣсто того, чтобы остановиться и ожидать приближенія капера, обратится въ бѣгство, то каперъ можетъ его преслѣдовать и силою заставить остановиться. Причиненныя при этомъ поврежденія не вознаграждаются, хотя бы судно и оказалось не подлежащимъ захвату. Но самое бѣгство установляетъ презумпцію въ пользу того, что судно можетъ быть захвачено [3]).

Если, напротивъ, судно послѣ выстрѣла остановится, каперъ подходитъ къ нему на извѣстное разстояніе,—обыкновенно не ближе пушечнаго выстрѣла. Въ видѣ сингулярнаго постановленія можно привесть постановленіе русско-французскаго договора 1787 г., опредѣлявшаго это разстояніе въ полъ-пушечнаго выстрѣла [4]). Затѣмъ, каперъ посылаетъ шлюпку съ бѣлымъ флагомъ и на подлежащій осмотру корабль высаживается офицеръ съ однимъ или двумя матросами [5]), но на посланной шлюпкѣ можетъ находиться и больше [6]). Высадившіеся первоначально приступаютъ лишь къ осмотру корабельныхъ бумагъ, но если онѣ возбуждаютъ сомнѣніе, то приступаютъ къ дѣйствительному осмотру, причемъ предписывается ничего не истреблять и не похищать съ корабля, а также не причинять какого-либо напраснаго насилія людямъ [7]). При осмотрѣ корабельнымъ секретаремъ составляется протоколъ, также какъ и при захватѣ [8]).

Захваченное судно каперъ не можетъ ни истреблять, ни отпускать за выкупъ. Но такъ какъ взятый призъ можетъ иногда очень затруд-

---

[1]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 230 et ss.

[2]) Hautefeuille различаетъ coup de semonce и coup d'assurance, считая цѣлью перваго только обратить вниманіе; но это различіе не принято практикой.

[3]) Hautefeuille, Droits des neutres, III, p. 108.

[4]) Ibidem, p. 60.

[5]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 237.

[6]) Hautefeuille, Droits des neutres, III, p. 71.

[7]) Martens, Essai, p. 78.

[8]) Ibidem, p. 79.

нить капера, то въ видѣ исключенія выкупъ допускается. При этомъ составляется выкупная запись (billet de rançon) въ двухъ экземплярахъ, одинъ служитъ выкупившемуся опасной грамотой (sauf conduit), предохраняющей его отъ новаго захвата тѣмъ же каперомъ. Но въ выкупной записи включаются условія, при соблюденіи которыхъ откупившійся пользуется этой льготой, напр., обозначается срокъ, въ теченіи котораго онъ долженъ воротиться въ опредѣленную гавань; нарушеніе срока или произвольное измѣненіе пути установляютъ возможность новаго захвата тѣмъ же каперомъ. Что же касается другихъ каперовъ, не участвовавшихъ въ первомъ захватѣ, то по отношенію къ нимъ выкупная запись не имѣетъ силы. Для принявшаго выкупъ, выкупная запись служитъ актомъ пріобрѣтенія [1]).

Если выкупъ не совершится, то захваченное судно должно сохраняться со всѣмъ его грузомъ въ полной неприкосновенности. Только въ случаѣ надобности могутъ быть взяты необходимые для капера припасы; но въ ихъ пріемѣ выдается росписка [2]).

Взятый призъ *по правилу* долженъ быть отведенъ въ отечественный портъ лица, взявшаго его [3]). Но это только по правилу. Въ случаѣ необходимости допускается отвозить взятый призъ и въ иностранную гавань. Подъ необходимостью разумѣется при этомъ опасность случайной гибели въ морѣ, или преслѣдованіе непріятеля [4]); нѣкоторые писатели присоединяютъ еще и простой фактъ отдаленности [5]). Конечно, и въ призовой практикѣ, какъ и въ уголовной, вопросъ о наличности необходимости есть прежде всего вопросъ факта и въ самой значительной степени обусловливается индивидуальными особенностями каждаго конкретнаго случая, предусмотрѣть которыхъ напередъ невозможно.

При отводѣ приза въ иностранный портъ могутъ имѣть мѣсто три различныхъ случая: портъ этотъ можетъ оказаться непріятельскимъ; нейтральнымъ и притомъ того именно государства, которому принадлежитъ захваченный призъ; или же, наконецъ, также нейтральнымъ, но посторонняго, незаинтересованнаго государства.

Первый случай, когда портъ непріятельскій, представляется въ одно время и наиболѣе рѣдкимъ и наиболѣе простымъ. Каперъ, конечно, до послѣдней возможности будетъ уклоняться отъ входа въ непріятельскую гавань. Если же это случится, то нѣтъ никакого сомнѣнія, что призъ будетъ отнятъ и самый каперъ будетъ взятъ въ плѣнъ. Но если онъ

---

[1]) Pistoye et Duverdy, Traité des prises, I, p. 280 et ss.

[2]) Martens, Essai, p. 79.

[3]) Martens, Essai, p. 85. Philimore, Commentaries, v. III, p. 577.

[4]) Kaltenborn, Seerecht, II, S. 476.

[5]) Martens, Essai, p. 106, Hautefeuille, Droits des neutres, I, 394. Saalfeld, Handbuch, S. 344.

имѣетъ законное свидѣтельство, и притомъ одно, съ нимъ слѣдуетъ обращаться какъ съ законнымъ непріятелемъ, а не какъ съ пиратомъ [1]).

Что касается втораго случая, т.-е. когда призъ будетъ отведенъ въ гавань того нейтральнаго государства, которому принадлежитъ, то репризъ не наступаетъ при этомъ ipso facto потому, что нейтральныя государства защищаютъ своихъ подданныхъ лишь подъ тѣмъ условіемъ, чтобы тѣ соблюдали добросовѣстно всѣ обязанности, налагаемыя на нихъ нейтралитетомъ ихъ отечества. Поэтому, если захваченъ корабль, капитанъ котораго нарушилъ эти обязанности, призъ законенъ и въ глазахъ нейтральнаго правительства. Кто же рѣшаетъ въ этомъ случаѣ вопросъ о законности приза? По общему признанію правительство нейтральнаго государства [2]). Основаніемъ его компетенціи въ этомъ случаѣ служитъ общее начало, воспрещающее правительствамъ выдавать собственныхъ своихъ подданныхъ суду другаго государства. Правда, въ самомъ призовомъ процессѣ хозяинъ захваченнаго груза или корабля является только истцомъ. Но, тѣмъ не менѣе, основаніемъ признанія или непризнанія приза законнымъ является не что иное, какъ судъ надъ законностью дѣйствій хозяина захваченныхъ предметовъ.

Остается разсмотрѣть еще третій и послѣдній случай: когда призъ будетъ отведенъ въ гавань нейтральнаго незаинтересованнаго въ призѣ государства. Въ отношеніи къ этому случаю слѣдуетъ разрѣшить два вопроса: 1) измѣняется ли при этомъ подсудность приза, и если нѣтъ, то 2) можетъ ли приговоръ быть поставленъ въ то время, когда призъ еще находится въ нейтральной гавани или, вообще, территоріи? Azuni полагалъ, что въ этихъ случахъ всегда компетентенъ судъ нейтральнаго государства, которому принадлежитъ портъ, и основывалъ это мнѣніе на весьма оригинальномъ пріемѣ толкованія трактатовъ. Въ извѣстныхъ ему договорахъ вездѣ говорилось о томъ, что нейтральное государство, которому принадлежитъ портъ, не имѣетъ юрисдикціи въ этихъ случаяхъ. Основываясь на этомъ, Azuni утверждалъ, что по общему правилу оно имѣетъ юрисдикцію въ этихъ случаяхъ, такъ какъ иначе не зачѣмъ бы было особо оговаривать его некомпетентность во всѣхъ трактатахъ. Но практикой, а въ настоящее время и литературой, принятъ противуположный взглядъ, высказанный еще Лампреди, что призъ, отведенный въ гавань нейтральнаго незаинтересованнаго государства, не подлежитъ его юрисдикціи, за исключеніемъ только того случая, когда призъ сопровождался нарушеніемъ нейтралитета этого государства, именно если онъ былъ сдѣланъ въ предѣлахъ его территоріальнаго моря [3]).

[1]) Hautefeuille, l. c., III, p. 323. Cussy, Phases et causes, I, p. 289; II p. 73.

[2]) Hautefeuille, Droits des neutres, III p. 336. Phillimore, Commentaires, v. III, p. 592.

[3]) Hautefeuille, Droits des neutres, III, p. 323 et ss. Phillimore, Commentaries, v. III, p. 592.

Но если призъ, отведенный въ гавань нейтральнаго государства незаинтересованнаго, подлежитъ все-таки суду государства взятеля, то какому именно: обыкновенному ли призовому суду, засѣдающему въ его отечествѣ, или суду консуловъ и вообще дипломатическихъ агентовъ. Въ прежней практикѣ можно указать примѣры призовой юрисдикціи консуловъ, именно въ концѣ прошлаго столѣтія. Такой практикѣ держались Англія, Франція (даже до 1854 года) и Россія [1]). Но теперь это вывелось изъ обычая. Во всякомъ случаѣ нейтральное государство можетъ не допустить такого расширенія власти консула. Впрочемъ, надо оговориться, что консулъ не имѣетъ только права постановлять приговора о законности приза, но ему принадлежитъ право осмотра приведеннаго судна и допроса экипажа; составленный консуломъ протоколъ вмѣстѣ съ протоколомъ самаго захвата и корабельными документами захваченнаго судна можетъ служить основаніемъ приговора [2]).

Итакъ, отведеніе приза въ гавань нейтральнаго незаинтересованнаго государства не мѣняетъ юрисдикціи. Что же касается втораго вопроса, можетъ ли отечественный судъ постановить приговоръ о законности приза, находящагося еще въ нейтральной гавани, то онъ рѣшается въ настоящее время практикой въ утвердительномъ смыслѣ. Основаніемъ такому рѣшенію служитъ то, что владѣніе капера призомъ въ нейтральной гавани разсматривается какъ владѣніе его суверена и потому sub potestate curiae. Но въ литературѣ встрѣчаются и другія воззрѣнія, напр., у Гесснера [3]).

По мнѣнію Гесснера [4]), подсудность приза не измѣняется отведеніемъ его въ портъ нейтральнаго незаинтересованнаго государства, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ не допускаетъ и возможности постановленія приговора отечественнымъ судомъ à distance. Гесснеръ полагаетъ, что это начало принято и практикой всѣхъ государствъ, за исключеніемъ Россіи и Бразиліи. Но уже изъ того, что авторъ говоритъ при этомъ о Франціи [5]), а въ особенности изъ разсмотрѣнія его ссылокъ, не трудно убѣдиться, что особенность воззрѣній Гесснера коренится въ смѣшеніи двухъ вопросовъ: вопроса о призовой юрисдикціи консуловъ и вопроса о возможности обсужденія отечественнымъ судомъ приза, находящагося въ нейтральной территоріи. Такъ, Wheaton [6]) въ томъ мѣстѣ, на которое ссылается Гесснеръ, говоритъ какъ разъ противоположное. Точно также

---

[1]) Martens, Essai, p. 111. Dictionnaire de la politique, M. Block, art. Prises.
[2]) Calvo, Droit international, II, p. 690.
[3]) Kent, Commentaries, v. I, p. 396. Wheaton, Elements, II, p. 44.
[4]) Les droits des neutres. 1865, p. 334.
[5]) Ibidem, p. 363.
[6]) Elements, II, p. 44 (2 éd.).

и въ положеніи о частныхъ арматорахъ 31 декабря 1787 года [1]) говорится о юрисдикціи по призовымъ дѣламъ русскихъ дипломатическихъ агентовъ въ Ливорно и Венеціи, а вовсе не о постановленіи приговоровъ судомъ, засѣдающимъ въ Россіи, о призахъ, находящихся въ иностранныхъ портахъ, въ чемъ не было и никакой подобности, такъ какъ призовая коммисія была въ то время учреждена на нашемъ флотѣ, посланномъ въ Средиземное морѣ. Считаю не лишнимъ замѣтить, что Георгъ Мартенсъ видитъ оригинальность этого русскаго устава о каперахъ именно въ томъ, что юрисдикція призовая была предоставлена имъ дипломатическимъ агентамъ [2]). Оригинальная особенность бразильскаго закона 30 декабря 1822 года заключается въ томъ, что онъ предоставляетъ каперамъ *полную* свободу отвозить призы въ иностранные порты [3]). Ссылка Гесснера на Англію имѣетъ основаніе. Въ Англіи дѣйствительно возникало сомнѣніе въ возможности постановлять приговоръ о законности приза, находящагося въ нейтральной гавани. В. Скотъ и В. Грантъ высказывались противъ этого начала, и можно указать примѣры того, что приговоры англійскаго суда адмиралтейства были основаны на противоположномъ началѣ, защищаемомъ Гесснеромъ [4]), что дало поводъ также и Кальтенборну нерѣшительно высказаться по этому вопросу въ отношеніи къ Англіи [5]). Но какова бы ни была старая практика, въ новѣйшее время и въ Англіи признано, что владѣніе капера взятымъ призомъ въ нейтральной гавани разсматривается какъ владѣніе его суверена и потому sub potestate curiae [6]).

Итакъ, призъ, приведенный въ гавань нейтральнаго незаинтересованнаго государства, обсуждается отечественнымъ судомъ взятеля. Основаніемъ приговора въ этомъ случаѣ служатъ, какъ уже сказано, донесеніе мѣстнаго консула и документы [7]).

Мы видѣли, что случай отвода приза въ непріятельскую гавань представляетъ мало практическаго интереса, такъ какъ можетъ имѣть мѣсто только въ случаяхъ крайней необходимости, или ошибки со стороны капера. Нейтральныя государства также заинтересованы въ томъ, чтобы по возможности меньше касаться непріязненныхъ дѣйствій между воюющими державами и потому неохотно допускаютъ вводъ въ свои гавани приза. Но свободѣ нейтральныхъ установляется международнымъ правомъ два ограниченія. Во-первыхъ, допускается оставаться каперу со

---

[1]) П. С. З. № 16599.

[2]) Essai, p. 110.

[3]) Kaltenborn, Seerecht, II, p. 362—39.

[4]) Ibidem, 388—73.

[5]) Ibidem, 489—261. «Vielleicht erkennt man dies auch in England an».

[6]) Каченовскій, о каперахъ, стр. 87, Phillimore, Commentaries, III, p. 594 и 760

[7]) Calvo, Droit international, II p.

взятымъ имъ призомъ въ теченіи 24 часовъ [1]). Во-вторыхъ, допускается оставаться, и сверхъ этого времени въ случаѣ relâche forcée, т. е. въ случаѣ вынужденнаго входа въ гавань. Вынужденность установляетъ какъ опасность случайной гибели, такъ и опасность отъ преслѣдованія непріятелемъ [2]). Въ этомъ случаѣ дозволеніе обусловливается требованіемъ гуманности какъ по отношенію къ каперу, такъ и по отношенію къ его плѣнникамъ [3]).

Призъ дѣлается собственностью капера не раньше признанія его законности компетентнымъ судьей. Призовая юрисдикція опредѣляется внутренними законами государства. Въ Соединенныхъ Штатахъ призовая юрисдикція принадлежитъ обыкновеннымъ судамъ; въ Англіи суду адмиралтейства. Но въ большинствѣ государствъ призовая юрисдикція предоставляется административнымъ учрежденіямъ [4]).

Если противъ законности приза не будетъ представлено протестовъ, дѣло рѣшается такъ, какъ оно представляется prima facie. Вызова со стороны суда заинтересованныхъ лицъ не требуется; это прямое слѣдствіе того, что взятель разсматривается какъ отвѣтчикъ, а хозяинъ взятаго судна какъ истецъ [5]). Изъ этого же основнаго положенія слѣдуетъ также, что если споръ противъ законности приза будетъ предъявленъ, какъ это обыкновенно бываетъ по отношенію къ нейтральнымъ призамъ [6]), то onus probandi падаетъ на хозяина взятаго судна, какъ истца [7]).

Если призъ будетъ признанъ незаконнымъ, то онъ возвращается хозяину и, кромѣ того, каперъ обязанъ вознаградить убытки [8]). Но если каперъ былъ введенъ въ заблужденіе по винѣ хозяина судна, то онъ не только освобождается отъ уплаты убытковъ, но даже судебныя издержки падаютъ на хозяина судна, хотя призъ и признается незаконнымъ. Напр., если на суднѣ, въ моментъ его взятія, не было тѣхъ бумагъ, которыми одними доказана на судѣ незаконность захвата [9]).

Если призъ, напротивъ, будетъ признанъ законнымъ, то онъ продается обыкновенно съ аукціона [10]), и изъ вырученной суммы выдѣ-

---

[1]) См. напр. французскую декларацію 10 іюня 1861 г. (art. 1); испанскую 17 іюня 1861 г. (art. 3) и проч.

[2]) Cussy, Phases et causes, I, p. 99 «La relâche forcée est celle qui a lieu pour chercher un abri contre le gros temps ou la poursuite d'un ennemi».

[3]) Martens, Essai, p. 107.

[4]) Организація и призовой процессъ излагаются обыкновенно въ курсахъ административнаго права. См. напр. Dufour, Droit administratif. t. VII.

[5]) Martens, Essai, 86.

[6]) Ibidem, p. 87.

[7]) Ibidem, p. 90.

[8]) Ibidem, p. 93.

[9]) Ibidem, p. 90.

[10]) Ibidem, p. 100.

ляется извѣстная часть въ пользу казны: обыкновенно 10 проц., но бываетъ и гораздо меньшій вычетъ, напр., въ Даніи 1 проц., а въ Англіи и вовсе не дѣлается вычета [1]). Распредѣленіе остальной суммы между арматоромъ, капитаномъ и экипажемъ дѣлается согласно условію; на случай неполноты условія имѣются внутренніе диспозитивные законы [2]).

Въ случаѣ совокупнаго приза, т.-е. если захватъ совершенъ нѣсколькими судами, то въ раздѣленіи приза по отношенію къ каперамъ установлена та особенность, что призъ дѣлится только между судами, принимавшими активное участіе въ захватѣ. Между тѣмъ, по отношенію къ военнымъ крейсерамъ дѣлается предположеніе, что они всегда намѣрены напасть, и потому въ дѣлежѣ приза принимаютъ участіе и только присутствовавшія суда [3]).

На постановленный приговоръ допускается апелляція; но можетъ быть и предварительное исполненіе подъ условіемъ представленія залога. Это особенно важно для хозяина захваченнаго судна [4]).

Во всякомъ случаѣ съ приза не берется таможенныхъ пошлинъ. Кромѣ этого преимущества, каперамъ выдается вознагражденіе за каждаго убитаго и плѣннаго врага [5]).

Прежде чѣмъ окончить изложеніе юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ права и обязанности каперовъ, я остановлюсь еще на русскихъ постановленіяхъ по этому предмету.

Первыя русскія постановленія о каперахъ, да и о призахъ вообще относятся къ царствованію Петра Великаго. Во время сѣверной войны шведскіе каперы причиняли большой вредъ торговлѣ съ нашими портами, что и вызвало въ 1715 г. предположеніе объ устройствѣ флотиліи крейсеровъ, которая изгнала бы шведскихъ каперовъ изъ балтійскаго моря [6]). Въ тоже время были выдаваемы и каперскія свидѣтельства. Въ «Матеріалахъ для исторіи русскаго флота» напечатанъ любопытный указъ сената о выдачѣ поручику Ладыженскому и подпоручику Лауренсу Берлогену паспортовъ, чтобъ имъ «каперить» шведскія суда на шнявахъ «Натальѣ» и «Діанѣ» [7]). Тамъ же есть указаніе на порядокъ раздѣла призовъ, причемъ не можетъ не обратить на себя вниманія необыкновенно значительный процентъ, отчислявшійся на государя—62 проц. [8]).

---

[1]) Ibidem, p. 96.

[2]) Ibidem, p. 98.

[3]) Ibidem, p. 99.

[4]) Ibidem, p. 92.

[5]) Ibidem, pp. 101, 102.

[6]) Матеріалы для исторіи русскаго флота, часть IV. Спб. 1867, стр. 84. Проектъ объ учрежденіи крейсеровъ.

[7]) Томъ II, № 1331. стр. 70. Указъ 1716 года мая 22.

[8]) Ibidem, № 1952, стр. 376.

Также въ декларацiи 1719 года iюня 28 о дозволенiи подданнымъ Великобританiи и Нидерландовъ свободно торговать со Швецiей говорится о томъ, чтобы арматоры брали только тѣ нейтральные корабли, на которыхъ военная контрабанда, и привозили ихъ въ русскiе порты «и по суду яко добрые призы декларовать» [1]). Но подробныя правила о призахъ были изложены только въ вышедшихъ уже въ концѣ царствованiя Петра Великаго морскомъ уставѣ и регламентѣ объ управленiи адмиралтейства.

Въ морскомъ уставѣ Петра Великаго правила о призахъ изложены, конечно, преимущественно для призовъ, дѣлаемыхъ военными судами, но въ немъ же прямо оговорено, что эти правила распространяются и на призы, сдѣланные «каперомъ отъ партикулярныхъ людей на свои деньги вооруженнымъ» [2]). При захватѣ судна запрещалось что-либо съ него растаскивать и утаивать; каморы, въ которыхъ лежатъ корабельные припасы или товары, запечатываются корабельнымъ секретаремъ. Захваченный корабль приводится или къ флоту, или, если посланъ изъ гавани, въ гавань, и, по приводѣ, рапортуется подробно, «какъ тотъ корабль взятъ, въ которомъ мѣстѣ, подъ какимъ градусомъ. Такожъ, опускалъ ли парусъ, и хотѣлъ или не хотѣлъ казать свои патенты и пашпорты, гораздо ли себя оборонялъ, какой флагъ имѣлъ и о прочихъ обстоятельствахъ, о взятьѣ его и о пути». Покидать призы на морѣ, истреблять или приводить въ иностранные порты запрещалось «безъ самой крайней нужды, подъ смертнымъ штрафомъ или инымъ жестокимъ наказанiемъ, по изобрѣтенiю воинскаго суда» [3]). Если экипажъ судна не сопротивлялся, запрещалось оказывать противъ него насилiе или грабить подъ страхомъ за причиненный убытокъ заплатить вдвое. Какъ экипажъ, такъ и грузъ корабля предписывалось сохранять, покамѣсть о призѣ не будетъ постановленъ приговоръ въ адмиралтействѣ [4]). Опредѣлялось и вознагражденiе за захватъ корабля, за флаги: за первый адмиральскiй 10,000 р., за второй 9,000 р. и за третiй 8,000 р.; за вице-адмиральскiй 7,000 р., за шаутбенахтскiй—6,000 р.; кромѣ того, за корабли по разсчету съ пушки по калибрамъ 30 фунт.—300 р.; 24 фун.—250 р. За сожженiе непрiятельскаго корабля одну треть того, что слѣдовало бы за захватъ [5]); за сожженiе брандера 3,000 р. [6]). За отнятiе русскаго корабля, пробывшаго въ непрiятельскомъ владѣнiи больше 24 часовъ, въ половину противъ того, какъ за захватъ непрiятельскаго

---

[1]) П. С. З. № 3398.
[2]) П. С. З. № 3485, книга IV, глава IV, ст. 5.
[3]) Книга III, гл. I, ст. 32,
[4]) Ibidem, ст. 33.
[5]) Книга IV, гл. IV, ст. 1.
[6]) Ibidem, ст. 2.

корабля [1]). Часть вознагражденія, слѣдуемая убитымъ, выдавалась ихъ вдовамъ и дѣтямъ [2]). Въ главѣ V четвертой книги устава опредѣлялся и самый порядокъ раздѣла вознагражденія между кораблями, участвовавшими въ захватѣ, и между чинами экипажа каждаго изъ кораблей [3]). Кромѣ того, въ книгѣ V главѣ XI запрещалось добровольно сдавшихся въ плѣнъ лишать жизни. Эти правила дополнены постановленіями; содержащимися въ изданномъ черезъ два года (1722 г. апрѣля 5) регламентѣ объ управленіи адмиралтейства и верфи и второй части морскаго регламента [4]). Въ регламентѣ объ управленіи адмиралтейства повторяется опредѣленіе, что къ призамъ, сдѣланнымъ частными арматорами, примѣняются тѣ же правила, что и къ военнымъ [5]). Рѣшеніе о призахъ постановлялось по двумъ допросамъ, если не будутъ принуждены подлинными доводами, яко нахожденіемъ подлинныхъ писемъ, вступать въ третій и четвертый допросы [6]). Судебныя пошлины взыскивались, если призъ признанъ незаконнымъ, съ «напрасно» взявшаго въ размѣрѣ, опредѣленномъ указомъ 1715 года января 28 [7]), т.-е. по гривнѣ съ рубля. Въ этомъ указѣ предписывается также взыскивать и съ праваго по алтыну, но кажется, что это послѣднее предписаніе къ призовымъ дѣламъ не примѣнялось; по крайней мѣрѣ въ такомъ смыслѣ рѣшила вопросъ императрица Екатерина, вообще воспроизводя въ регламентѣ адмиралтейской коллегіи петровскія постановленія [8]). Если дѣло будетъ рѣшаться между купцами, то и съ праваго, и съ виноватаго по означенному указу. Екатерининскій регламентъ предписываетъ въ этомъ случаѣ съ обоихъ брать по гривнѣ. При вывозѣ изъ Россіи незаконно захваченныхъ призовъ не требуется платить пошлинъ [9]). Точно также и съ товаровъ, признанныхъ законнымъ призомъ, не берется никакой пошлины [10]). Товары, подлежащіе порчѣ, продаются до постановленія приговора [11]), а вырученные деньги хранятся въ казначействѣ [12]). Изъ вырученныхъ отъ продажи приза денегъ вычитаются предварительно слѣдуемыя въ вознагражденіе за издержки на выгрузку и сторожу [13]).

---

[1]) Ibidem, ст. 3.
[2]) Ibidem, ст. 6.
[3]) Ibidem, гл. V, ст. 1—6.
[4]) П. С. З. № 3937.
[5]) Ibidem, гл. I, ст. 100.
[6]) Ibidem, ст. 101.
[7]) Ibidem, ст. 102. П. С. З. № 2879.
[8]) П. С. З. № 12459.
[9]) Регламентъ адмиралтейства, гл. I, ст. 95.
[10]) Ibidem, ст. 96.
[11]) Ibidem, ст. 97.
[12]) Ibidem, ст. 98.
[13]) Ibidem, ст 99

Изъ содержащихся въ этомъ регламентѣ постановленій видно также, что при Петрѣ частнымъ арматорамъ давались казенныя суда, причемъ требовались отъ него поруки въ томъ, что онъ возвратитъ судно въ цѣлости [1]). Въ случаѣ оказавшихся въ кораблѣ поврежденій, починку должно было совершать на счетъ сдѣланныхъ арматоромъ призовъ [2]). Изъ остальныхъ денегъ, вырученныхъ отъ продажи приза, вычиталось еще 10 проц. на коллегію и 5 проц. начальнику порта [3]). Въ изданной одновременно съ регламентомъ адмиралтейства второй части морского устава опредѣляются обязанности главнаго командира надъ портомъ. Когда призъ будетъ приведенъ въ портъ, то онъ долженъ осмотрѣть все и свѣрить съ описью, сдѣланной корабельнымъ секретаремъ; осмотръ совершается въ присутствіи офицеровъ, шкипера или матросовъ взятаго корабля и, кромѣ того, при капитанѣ надъ портомъ, контролерѣ и интендантѣ; всѣ эти лица закрѣпляютъ опись своею подписью. Затѣмъ призъ съ этою описью предъявляется въ адмиралтейскую коллегію вмѣстѣ съ подлинными корабельными документами и шкиперомъ захваченнаго корабля. По возможности всѣ призы должны быть доставляемы въ Кронштотъ [4]). Если корабль приведенъ безъ договорныхъ грузовыхъ записей (коносаментовъ) или безъ описей товаровъ, то призываются «искусныя купецкія люди», «чтобъ узнать по товарамъ, отколь оный корабль» [5]). Въ остальномъ повторяются опредѣленія первой части [6]).

Въ 1725 и 1726 годахъ было, кажется, захвачено значительное количество призовъ на каспійскомъ морѣ [7]). Въ 1727 г. еще въ царствованіе императрицы Екатерины I велѣно было пріостановиться израсходованіемъ вырученныхъ за призы денегъ, а въ 1730 году велѣно было всѣ эти призы возвратить хозяевамъ и впредь на Каспійскомъ морѣ судовъ, плавающихъ безъ паспортовъ, за это въ плѣнъ не брать для поощренія торговли [8]).

Въ изданномъ въ царствованіе Екатерины II въ 1765 г. регламентѣ адмиралтейской коллегіи воспроизведены, какъ уже сказано, относительно призовъ петровскія постановленія [9]). Но затѣмъ въ договорахъ съ иностранными государствами [10]) и въ особенности въ положеніи о

---

[1]) Ibidem, ст. 103.

[2]) Ibidem, ст. 104.

[3]) Ibidem, ст. 105.

[4]) Морской уставъ, часть II, гл. I, ст. 26.

[5]) Ibidem, ст. 29.

[6]) Ibidem, ст. 27, 28, 30.

[7]) П. С. З., № 5062, апрѣля 26, 1727 года.

[8]) П. С. З., № 5516, марта 16.

[9]) П. С. З., № 12459, часть I, гл. XIII (1765 г.).

[10]) Напр. съ королевствомъ обѣихъ Сицилій, 1787, П. С. З., № 16498, съ Португаліей, № 16594.

частныхъ арматорахъ 31 декабря 1787 года [1]) эти постановленія получили дальнѣйшее развитіе.

Для полученія каперскаго свидѣтельства требовалось представленіе залога въ 20,000 р., или поручительства въ такой же суммѣ. Но, въ случаѣ нарушенія своихъ обязанностей, арматоръ, кромѣ потери залога, могъ быть привлекаемъ и къ «личному отчету» [2]). Получившему свидѣтельство сообщалось относительно непріятельскихъ кораблей, какъ военныхъ, такъ и торговыхъ, не только право захвата, но и истребленія [3]); относительно же нейтральныхъ торговыхъ предоставлялось право осмотра, но только тогда, если съ ними не было военнаго конвоя, такъ какъ въ этомъ случаѣ предписывалось ограничиваться словеснымъ опросомъ [4]). Непріятельская собственность на нейтральномъ суднѣ считается неприкосновенною [5]). Конфискаціи подлежитъ только военная контрабанда, т.-е. «оружіе и снаряды, служащіе къ употребленію войскъ, исключая количества, потребнаго для самаго экипажа и пассажировъ [6]).

Если нейтральный корабль добровольно объявитъ находящіеся на немъ заповѣдные товары и выдастъ ихъ арматору, то самый корабль свободенъ отъ конфискаціи. Не лишаетъ неприкосновенности корабля и то обстоятельство, если онъ непріятельской постройки [7]). Но если конфискованные товары не могутъ помѣститься на суднѣ арматора, то нейтральное судно отводится съ ними въ ближайшую гавань для сгрузки. Шкиперъ, добровольно объявившій заповѣдные товары, получаетъ еще въ вознагражденіе провозныя деньги вдвое противъ того, какъ условился съ непріятелемъ [8]). Если же заповѣдные товары не будутъ добровольно объявлены, а откроются при осмотрѣ, то конфискуется и самое судно [9]). Самый осмотръ долженъ быть произведенъ «со всякою благопристойностью» кѣмъ-нибудь изъ штурмановъ—человѣкомъ благоразумнымъ; отъ шкипера осматриваемаго судна требуется предъявленіе корабельныхъ паспортовъ, коносаментовъ, чертепартій и другихъ бумагъ, касающихся груза, и, кромѣ того, аттестатъ о здоровьѣ [10]). Если окажется неправильность въ документахъ, напр. если они будутъ двойные, то судно конфискуется независимо отъ качества находящихся на немъ

---

[1]) П. С. З., № 16599.
[2]) Ibidem, ст. 1.
[3]) Ibidem, ст. 2.
[4]) Ibidem, ст. 13.
[5]) Ibidem, ст. 3.
[6]) Ibidem, ст. 5.
[7]) Ibidem, ст. 17.
[8]) Ibidem, ст. 12, ср. № 16498, ст. 22; № 16594, ст. 27.
[9]) № 16599, ст. 6.
[10]) Ibidem, ст. 4.

товаровъ [1]). Взятый призъ, до прибытія въ Средиземное море русскаго флота, отводится въ Неаполь къ графу Скавронскому или въ Венецію къ Мордвинову, гдѣ русскіе дипломатическіе агенты обсуждаютъ законность приза [2]). Съ прибытіемъ флота главнокомандующій образуетъ на немъ призовую коммисію, которая затѣмъ уже и будетъ судить всѣ призовыя дѣла [3]). Апелляціи на рѣшенія дипломатическихъ агентовъ, а по прибытіи флота и на рѣшенія призовой коммисіи, приносятся къ императорскому двору [4]). Отпускать взятый корабль за выкупъ воспрещается безусловно [5]). Признанный судомъ призъ продается съ аукціона; если захваченный корабль торговый, то изъ вырученныхъ денегъ вычитается въ пользу казны 10 проц. [6]); если же военный, то не только все сполна отдается арматору, но еще приплачивается по 5 р. за каждаго плѣннаго: «а сверхъ того можетъ надѣяться и вящшей милости» [7]). Принесеніе апелляціи пріостанавливаетъ исполненіе приговора [8]).

Эти правила относились только къ арматорамъ въ Левантѣ и Архипелагѣ. Но врядъ ли въ этомъ можно видѣть особое ограниченіе въ пользу нейтральныхъ: при войнѣ съ Турціей такое ограниченіе было слишкомъ естественно. Къ тому же арматорами въ эту войну были одни греки [9]).

Правила о призахъ 1806 года [10]) вызваны были неудовлетворительностью прежнихъ, заставлявшею призовую коммисію за предшествовавшую войну съ Швеціей и Оттоманскою Портою нерѣдко обращаться къ испрашиванію высочайшаго разрѣшенія [11]). Проектъ ихъ былъ составленъ призовой коммисіей, разсмотрѣнъ адмиралтейской коллегіей и потомъ представленъ въ морское министерство. Правила эти относятся спеціально къ призамъ, дѣлаемымъ военными судами, и преимущественно къ раздѣлу призовъ между кораблями и чинами экипажа [12]). Опредѣляется также вознагражденіе за истребленіе [13]). За отбитіе отъ непріятеля рус-

[1]) Ibidem. ст. 6.

[2]) Ibidem, ст. 6 и 7.

[3]) Ibidem, ст. 23.

[4]) Ibidem, ст. 24. Martens понялъ дѣло такъ, будто призовая юрисдикція была предоставлена дипломатическимъ агентамъ не только до прибытія флота, а на все время войны, и что агенты эти, коммисія и, наконецъ, императорскій дворъ составляли три послѣдовательныя инстанціи. Essai, p. 111.

[5]) № 16599, ст. 27.

[6]) Ibidem, ст. 9.

[7]) Ibidem, ст. 15.

[8]) Ibidem, ст. 25.

[9]) Каченовскій, О каперахъ, стр. 70.

[10]) П. С. З. № 22206, іюля 10.

[11]) Ibidem. Докладъ морскаго министра.

[12]) Ibidem, ст. 12 и слѣд. См. также № 24872 о вознагражденіи за взятыя орудія.

[13]) Ibidem, ст. 9 и 10.

скаго корабля, пробывшаго въ непріятельскомъ владѣніи сверхъ 24 часовъ, вознагражденіе слѣдуетъ какъ за захватъ непріятельскаго [1]). Правительство всегда имѣетъ право оставить захваченный военный корабль за собою за опредѣленную закономъ цѣну [2]). Вознагражденіе, причитающееся убитымъ, если есть наслѣдники, переходитъ къ нимъ; если же нѣтъ наслѣдниковъ, то поступаетъ въ инвалидный капиталъ [3]). Но по дѣлу о раздѣлѣ призовъ, взятыхъ эскадрою вице-адмирала Сенявина, бывшею въ Средиземномъ морѣ, опять возникли въ коммисіи сомнѣнія, вслѣдствіе чего въ 1819 году февраля 20 изданы были дополненія къ этимъ правиламъ [4]). Кромѣ подробностей о порядкѣ раздѣла призовъ въ состоявшемся при разсмотрѣніи этихъ дополнительныхъ правилъ мнѣніи большинства государственнаго совѣта, опредѣлено, чтобы выдача суммъ за призы совершалась не раньше возвращенія военныхъ кораблей, сдѣлавшихъ призы, въ отечественные порты.

Въ сводѣ законовъ правила о призахъ изложены во второй части XI тома въ уставѣ торговомъ на основаніи закона 1806 года. По приводѣ приза въ русскій портъ требуется тотчасъ же заявить о немъ портовому начальству, призовой коммисіи и таможнѣ [5]). Если при освидѣтельствованіи предъявленныхъ бумагъ какъ о принадлежности корабля, такъ и груза явится какое сомнѣніе, то для повѣрки производится допросъ [6]). Затѣмъ товаръ сгруживается и ему составляется опись [7]). По признаніи законнымъ призъ можетъ быть проданъ [8]). Подробныя правила для сужденія о правильности призовъ излагаются въ особыхъ инструкціяхъ призовымъ коммисіямъ, «смотря по роду войны и состоянію политическихъ отношеній» [9]). Указывается только, что если захвачено нейтральное судно съ непріятельскимъ грузомъ, то судно свободно, но грузъ конфискуется [10]), и что нейтральнымъ считается только такое судно, на которомъ матросовъ непріятельскихъ подданныхъ не больше одной трети и на которомъ нѣтъ непріятельскаго коммисара или чиновника [11]).

Въ случаѣ сомнѣній, призовая коммисія обращается за разрѣшеніемъ дѣла къ морскому министерству [12]).

---

[1]) Ibidem, ст. 11.
[2]) Ibidem, ст. 5.
[3]) Ibidem, ст. 30.
[4]) П. С. З., № 27694.
[5]) Томъ XI, гл. 2, изд. 1832. Уставъ торговый, ст. 783.
[6]) Ibidem, ст. 784.
[7]) Ibidem, ст. 785 и 786.
[8]) Ibidem, ст. 787 и 791.
[9]) Ibidem, ст. 790.
[10]) Ibidem, ст. 788.
[11]) Ibidem, ст. 789.
[12]) Ibidem, ст. 790.

Во второмъ изданіи свода эти правила воспроизведены безъ измѣненій; только къ ст. 784 (по новому изданію 943) сдѣлано примѣчаніе о томъ, что правила о храненіи товаровъ излагаются въ уставѣ таможенномъ.

Въ третьемъ изданіи постановленія эти исключены вовсе, такъ что осталась только одна статья, говорящая о захватѣ иностранныхъ судовъ русскимъ купеческимъ: это именно о захватѣ при оборонѣ [1]). Но такого рода захватъ, какъ мы видѣли выше, не составляетъ приза въ собственномъ смыслѣ слова.

Однако и въ третьемъ изданіи свода имѣются постановленія о призахъ—въ приложеніи къ ст. 410 первой части X тома. Тутъ говорится вмѣстѣ и о сухопутныхъ добычахъ, и о морскихъ призахъ. Ст. 15 повторяетъ ст. 1056 торговаго устава. Но въ ст. 17 постановляется, что каперы, вооруженные партикулярными людьми, получаютъ на захваченные ими суда такое же право, какъ и военныо корабли.

Таковы нормы, опредѣляющія права, обязанности и отвѣтственность каперовъ. Если сравнить ихъ съ опредѣленіями, относящимися до военныхъ крейсеровъ, т. е. правительственныхъ военныхъ судовъ, предназначенныхъ главнымъ образомъ для дѣланія призовъ, то съ перваго раза бросается въ глаза, что для капера его дѣятельность, захватъ непріятельскихъ торговыхъ судовъ является промысломъ, составляетъ своего рода промышленное предпріятіе. Нельзя сказать, чтобы каперство этой стороной составляло нѣчто безпримѣрное, или равнялось бы допущенію частной войны. Въ сферѣ финансовой администраціи еще не такъ давно имѣла широкое примѣненіе откупная система, но никто, конечно, не станетъ утверждать, чтобы система эта вела къ установленію частнаго права податнаго обложенія, хотя она, подобно каперству, установляла для откупщика промышленный интересъ въ сборѣ податей и налоговъ. Вопросъ объ установленіи, опредѣленіи и предоставленіи права рѣшается и при откупѣ, и при каперствѣ правительствомъ, только осуществленіе права предоставляется въ общемъ интересѣ и правительства и частнаго лица—послѣднему.

Промышленный характеръ каперства ведетъ къ тому, что каперъ получаетъ корыстный интересъ въ захватахъ; но въ этомъ нѣтъ никакого отличія отъ военныхъ крейсеровъ: экипажъ военнаго крейсера также имѣетъ корыстный интересъ въ захватахъ потому, что взятый призъ дѣлится между экипажемъ. При каперствѣ въ отношеніи лица, непосредственно совершающаго захватъ, не присоединяется, кромѣ общаго и военнымъ крейсерамъ, ожиданія прибыли, еще и опасенія за потерю затраченнаго капитала, потому что арматоръ самъ не отправляется на

[1]) Изд. 1857 г. ст. 1056.

каперство, а посылаетъ военнаго капитана, слѣдовательно лицо, незаинтересованное въ затраченномъ капиталѣ. Слѣдовательно, въ отношеніи къ корыстнымъ интересамъ экипажъ каперскаго судна и военнаго крейсера находятся въ одинаковыхъ условіяхъ. Есть одна особенность военныхъ крейсеровъ, дѣлающая возможнымъ ожидать съ ихъ стороны даже большей жестокости при нападеніяхъ на непріятельскія суда [1]): имъ выдаются призовыя деньги даже за истребленныя, сожженныя и потопленныя суда; между тѣмъ каперу истребленіе судовъ прямо запрещается.

Что касается отвѣтственности каперовъ, то по подсудности ихъ уголовной и гражданской они ничѣмъ не отличаются отъ военныхъ крейсеровъ. За уголовныя преступленія они подлежатъ военному суду; признаніе законности приза совершается всегда однимъ порядкомъ и нѣтъ никакого основанія ожидать, чтобы военный и призовый судъ отнеслись къ каперамъ снисходительнѣе, чѣмъ къ военнымъ морякамъ: скорѣе наоборотъ. Все различіе въ отвѣтственности между каперами и военными крейсерами заключается въ томъ, что каперы обязаны представлять залогъ.

Поэтому, съ точки зрѣнія международнаго права между каперами и военными крейсерами нѣтъ существенной разницы. Неприкосновенности непріятельской собственности грозитъ одинаковая опасность со стороны и тѣхъ и другихъ и отвѣтственность тѣхъ и другихъ за злоупотребленія одинакова.

Важное различіе между каперами и военными крейсерами представляется лишь съ точки зрѣнія внутренней политики, а не международной. Поясню это примѣромъ. Если бы государство установило какой-нибудь особо стѣснительный налогъ для иностранцевъ, то *отмѣна* подобныхъ стѣсненій, конечно, можетъ составить вопросъ международнаго права. Но разъ въ данное время международное право допускаетъ подобное стѣсненіе иностранцевъ, вопросъ о томъ, *какъ* будетъ собираться этотъ налогъ, будетъ ли введена откупная система или нѣтъ—это вопросъ уже исключительно внутренній. Нельзя не согласиться съ Марси, что ни одно сколько-нибудь уважающее себя государство не станетъ терпѣть, чтобы другія державы вмѣшивались въ опредѣленіе того, какимъ способомъ оно будетъ осуществлять разъ признанныя за нимъ международнымъ правомъ права.

Если разсматривать каперство, какъ вопросъ внутренней политики, разсматривать его по отношенію къ выгодѣ для пользующагося имъ государства, то противъ каперства многое можно сказать.

Во-первыхъ, къ нему примѣняется все то, что вообще приводится противъ осуществленія государственныхъ задачъ промышленнымъ пу-

---

[1]) П. С. З. (второе), № 27909, указъ 5 февраля 1854.

темъ, и исходнымъ основаніемъ служитъ при этомъ то общее соображеніе, что слуга-промышленникъ всегда поставитъ свой промышленный интересъ выше государственнаго, и что контроль противъ этого безсиленъ, такъ какъ нельзя заранѣе опредѣлить, въ чемъ заключается истинный государственный интересъ въ каждомъ данномъ случаѣ.

Кромѣ того, по сравненію съ военными кораблями, каперы не могутъ представлять въ одинаковой степени господства строгой дисциплины; поэтому, подчиненіе дѣятельности каперовъ видамъ правительства будетъ затруднительнѣе.

Такъ, прежде всего по отношенію къ нейтральнымъ государство естественно должно руководствоваться началомъ взаимности, и потому въ прямой его выгодѣ иногда требуется относиться къ одному нейтральному снисходительнѣе, къ другому строже. Командиръ военнаго крейсера и по своему образованію, и въ особенности по своему оффиціальному положенію, по своей извѣстности начальству, гораздо удобнѣе можетъ быть посвящаемъ въ соображенія такого рода.

Но каперы, какъ въ этомъ убѣждаетъ опытъ, нерѣдко служатъ и нашимъ и вашимъ, вредятъ и собственному государству, если это имъ представляется выгоднымъ. Въ примѣръ можно привесть такъ-называемый симулированный призъ, какъ одинъ изъ довольно остроумныхъ способовъ вредить государству со стороны каперовъ и притомъ такой, что доказать его наличность крайне трудно. Пользуясь льготой отъ таможенныхъ пошлинъ, установленной для призовъ, каперы иногда подъ видомъ призовъ провозятъ безпошлинно непріятельскіе товары [1]). Бываютъ случаи и прямаго грабежа прибрежья и отечественныхъ судовъ. Въ этомъ отношеніи интересныя показанія могли бы, казалось, дать финляндцы, какъ та часть русскаго народа, которая располагаетъ наибольшимъ торговымъ флотомъ. Финляндская пресса дѣйствительно отозвалась на возбужденный въ русской прессѣ вопросъ о возстановленіи каперства и отозвалась въ смыслѣ враждебномъ этой агитаціи противъ парижской декларації. Но при этомъ случилось довольно странное недоразумѣніе. Финляндская газета въ доказательство того, какой вредъ приносятъ каперы, ссылается на примѣръ послѣдней восточной войны. Но всѣмъ извѣстно, что въ эту войну каперскихъ свидѣтельствъ выдаваемо не было [2]).

---

[1]) Martens, Essai, p. 105.

[2]) См. переводъ статьи «Helsingf. Dagblad» въ «St.-Peterburger Herold», №№ 317, 318, 319.

ПРИЛОЖЕНІЕ КЪ СТАТЬѢ:

Комитетъ Министровъ и проектъ Совѣта по Земскимъ Дѣламъ [1].

(См. выше, стр. 426—435).

Предположеніе Н. М. Коркунова объ учрежденіи особаго Совѣта по земскимъ дѣламъ, изложенное въ его статьѣ «Комитетъ Министровъ какъ органъ надзора за земскими учрежденіями» вызвало въ засѣданіи административнаго отдѣленія с.-петербургскаго Юридическаго Общества 17 ноября 1890 года весьма оживленныя пренія, въ которыхъ приняли участіе: В. Д. Спасовичъ, М. И. Свѣшниковъ, К. К. Арсеньевъ, А. А. Марковъ, А. А. Васильевъ, Л. П. Дышма.

Прежде всѣхъ противъ предложенія докладчика высказался В. Д. Спасовичъ. Надобности въ особомъ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ не можетъ быть, по его мнѣнію, потому, что земское дѣло не имѣетъ такого же общегосударственнаго значенія, какъ желѣзнодорожное дѣло. Земскія учрежденія имѣютъ дѣло исключительно съ мѣстными интересами. Это совсѣмъ не то, что постройка и эксплоатація желѣзныхъ дорогъ, или установленіе желѣзнодорожныхъ тарифовъ, требующее общей, объединенной организаціи.

Затѣмъ говорилъ М. И. Свѣшниковъ, отрицавшій возможность сравнивать нашъ Комитетъ Министровъ съ государственнымъ совѣтомъ западныхъ державъ, такъ какъ по его мнѣнію государственные совѣты въ различныхъ государствахъ не имѣютъ ничего общаго ни по своей организаціи, ни по своимъ функціямъ. Можно указать по меньшей мѣрѣ пять совершенно различныхъ типовъ государственнаго совѣта, рѣзко отличающихся другъ отъ друга. Если ужъ сравнивать Комитетъ Министровъ съ какимъ-либо западнымъ учрежденіемъ, то ближе всего подходитъ къ нему Совѣтъ Министровъ. Учрежденіе Совѣтовъ по желѣзнодорожнымъ и тарифнымъ дѣламъ, по мнѣнію г. Свѣшникова, вызвано

[1]) См. «Юридическая Лѣтопись», 1891, № 1.

исключительно стремленіемъ расширить государственный контроль надъ желѣзнодорожнымъ дѣломъ и усилить въ этомъ отношеніи централизацію. Что касается надзора за дѣятельностью земскихъ учрежденій, то установленный Положеніемъ 12 іюня 1890 года порядокъ непосредственнаго разсмотрѣнія въ Комитетѣ Министровъ представленій министра В. Д. объ отмѣнѣ постановленій земскихъ собраній, предпочтительнѣе проектируемаго Н. М. Коркуновымъ предварительнаго разсмотрѣнія этихъ вопросовъ въ особомъ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ. Составъ какъ существующихъ совѣтовъ желѣзнодорожнаго и тарифнаго, такъ и проектируемаго Совѣта по земскимъ дѣламъ, представляетъ тотъ недостатокъ, что членамъ отъ министерства, ближайше заинтересованнаго въ дѣлѣ, принадлежитъ въ нихъ рѣшительное преобладаніе. Такъ, напр., въ совѣтѣ по желѣзнодорожнымъ дѣламъ министерство путей сообщенія представлено министромъ, его товарищемъ, директоромъ департамента желѣзныхъ дорогъ, предсѣдателемъ временнаго управленія казенныхъ дорогъ, двумя особо назначенными членами, да кромѣ того къ членамъ вполнѣ зависимымъ отъ того же министерства слѣдуетъ отнести и двухъ представителей частныхъ желѣзныхъ дорогъ. Хотя они и избираются общимъ желѣзнодорожнымъ съѣздомъ, но министру путей сообщенія предоставлено право ихъ утверждать, и это совершенно лишаетъ ихъ всякой самостоятельности. Такъ какъ новое земское положеніе установляетъ какъ общее правило правительственное утвержденіе всѣхъ должностныхъ лицъ, избираемыхъ земствомъ, то, надо думать, что и члены проектируемаго Совѣта по земскимъ дѣламъ также будутъ утверждаемы правительственною властью, а это поставитъ ихъ фактически въ полную зависимость отъ министра внутреннихъ дѣлъ. Комитетъ Министровъ составленъ все изъ лицъ занимающихъ равное въ министромъ внутреннихъ дѣлъ положеніе, не стоящихъ къ нему въ отношеніяхъ подчиненности. Между тѣмъ члены Совѣта по земскимъ дѣламъ будутъ естественно стоять гораздо гораздо ниже министра по своему служебному положенію и потому министръ будетъ подавлять ихъ своимъ авторитетомъ. По всѣмъ этимъ основаніямъ предварительное разсмотрѣніе предположеній министра объ отмѣнѣ постановленій земскихъ собраній въ особомъ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ только усилитъ власть министра.

К. К. Арсеньевъ замѣтилъ, что отрицательное отношеніе нашей литературы къ Комитету Министровъ объясняется не только преданіями, идущими со временъ Сперанскаго, но, быть можетъ, и неопредѣленностью положенія Комитета посреди Государственнаго Совѣта, Сената и Совѣта Министровъ. Съ государственными совѣтами иностранныхъ государствъ Комитетъ Министровъ большой аналогіи не представляетъ. Тамошніе государственные совѣты участвуютъ въ подготовкѣ законовъ—Комитетъ Министровъ въ ней не участвуетъ. Первые вѣдаютъ дѣла

административной юстиціи—у насъ эти дѣла отнесены къ компетенціи не Комитета Министровъ, а Сената. Роль Gesammt или Staats-Ministerium у насъ принадлежитъ, или могла бы принадлежать, скорѣе Совѣту, чѣмъ Комитету Министровъ. Неопредѣленность функцій влечетъ за собою вторженіе въ сосѣднія области; особенно въ послѣднее время Комитетъ Министровъ часто является законодательной инстанціей (напр. временныя правила о печати, авг. 1882 года).

Значеніе учрежденія предрѣшается до извѣстной степени его наименованіемъ и его исторіей. Трудно ожидать, чтобы Комитетъ Министровъ, составъ котораго почти цѣлое столѣтіе соотвѣтствовалъ его имени, сдѣлался учрежденіемъ свободнымъ отъ стремленій и увлеченій активной, дѣйствующей администраціи. Эта роль гораздо болѣе свойственна Сенату и въ силу его состава, и въ силу историческихъ преданій. Надзоръ за земствомъ всего удобнѣе и правильнѣе было бы сосредоточить въ Сенатѣ, гдѣ можно бы было открыть для того въ случаѣ надобности особый департаментъ, какъ это было сдѣлано для крестьянскихъ дѣлъ. Если бы могли возникнуть затрудненія вслѣдствіе сосредоточенія въ одномъ и томъ же учрежденіи контроля за законностью и цѣлесообразностью дѣйствій земства, то первый можно было бы оставить за первымъ департаментомъ, второй—передать новому департаменту Сената. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ при разногласіи между Сенатомъ и Министромъ внутреннихъ дѣлъ, послѣднее слово могло бы быть предоставлено Комитету Министровъ. Что касается до неудобства проектируемаго Совѣта по земскимъ дѣламъ, то К. К. Арсеньевъ, присоединяясь въ этомъ отношеніи къ замѣчаніямъ М. И. Свѣшникова, указалъ на возможность *окончательнаго* рѣшенія Совѣтомъ—учрежденіемъ подчиненнымъ—цѣлой массы важныхъ вопросовъ, даже при единодушномъ противодѣйствіи всѣхъ членовъ отъ земства, если только всѣ члены отъ административныхъ вѣдомствъ согласятся съ мнѣніемъ министра внутреннихъ дѣлъ. Въ сравненіи съ такимъ порядкомъ, большія гарантіи представляетъ *непосредственное* разсмотрѣніе дѣлъ Комитетомъ Министровъ.

Отвѣчая на всѣ эти возраженія, Н. М. Коркуновъ отстаивалъ прежде всего свое положеніе о сходствѣ нашего Комитета Министровъ съ государственнымъ совѣтомъ западныхъ государствъ. Конечно, въ организаціи и компетенціи государственнаго совѣта отдѣльныхъ государствъ замѣчаются большія различія. Однако сходство ихъ не въ одномъ названіи [1]). При всѣхъ различіяхъ въ частностяхъ, ихъ организація и ихъ функціи въ общемъ одинаковы. Вездѣ это совѣщательное учрежде-

[1]) Имѣется не мало учрежденій, носящихъ названіе *государственнаго совѣта* и однако никѣмъ изъ государствовѣдовъ не подводимыхъ подъ понятіе государственнаго совѣта, какъ оно сложилось въ наукѣ государственнаго права. Таковы, напримѣръ, австрійскій Reichsrath или женевскій Conseil d'état.

ніе при главѣ правительственной власти по дѣламъ управленія. Его главная функція—предварительное обсужденіе проектовъ указовъ, издаваемыхъ главою правительства. Дѣла административной инстанціи, разрѣшаемыя французскимъ государственнымъ совѣтомъ, составляютъ для него придаточную, а не главную, не основную функцію. Это доказывается уже тѣмъ, что по дѣламъ административной юстиціи французскій conseil d'état дѣйствуетъ не какъ *совѣтъ:* по нимъ онъ постановляетъ не мнѣнія (avis), а рѣшенія (arrêts), не нуждающіяся въ утвержденіи президентомъ республики. Главная его функція какъ совѣта, это обсужденіе проектовъ, т. н. décrets portant réglement d'administration publique. Другая функція, возложенная на него при первоначальномъ его учрежденіи—предварительное обсужденіе законопроектовъ, теперь на дѣлѣ почти вовсе не осуществляется. Нашъ Государственный Совѣтъ, организованный несомнѣнно по французскому образцу, развивался затѣмъ совершенно въ иномъ направленіи. Его судебныя функціи, съ самаго начала составлявшія лишь временно допущенное исключеніе, перешли теперь почти всецѣло къ Сенату, въ томъ числѣ и функціи административной юстиціи. Функція совѣщательнаго учрежденія по дѣламъ управленія перешла къ Комитету Министровъ. За Государственнымъ же Совѣтомъ остались законодательныя функціи, которыя на Западѣ вездѣ отъ государственнаго совѣта перешли теперь къ парламентамъ. Нашъ Государственный Совѣтъ поэтому только по имени Государственный Совѣтъ: онъ не осуществляетъ функцій этого рода учрежденій. Его замѣнилъ въ этомъ отношеніи Комитетъ Министровъ. Сопоставлять Комитетъ Министровъ съ Совѣтомъ Министровъ западныхъ государствъ, невозможно уже потому, что независимо отъ комитета у насъ имѣется особый Совѣтъ Министровъ.

Невозможно также согласиться съ выставленными М. И. Свѣшниковымъ объясненіями возникновенія совѣтовъ по желѣзнодорожнымъ и тарифнымъ дѣламъ. Если бы дѣло было лишь въ томъ, чтобы усилить централизацію желѣзнодорожнаго управленія и расширить государственный за нимъ контроль, то не зачѣмъ было бы ограничивать для этого власть Министра Путей Сообщенія включеніемъ въ составъ желѣзнодорожнаго совѣта представителей посторонних ъ вѣдомствъ. Между тѣмъ положительно извѣстно, что предположенія собственно Барановской комиссіи шли въ этомъ отношеніи гораздо дальше. Предполагалось Министерство Путей Сообщенія ограничить только завѣдываніемъ одной технической частью желѣзнодорожнаго дѣла. Административную часть предположено было выдѣлить въ завѣдываніе особаго высшаго совѣта, совершенно независимаго отъ Министерства Путей Сообщенія. Совѣтъ же по желѣзнодорожнымъ дѣламъ, въ томъ видѣ, какъ онъ теперь существуетъ, явился результатомъ нѣкотораго компромисса, выработаннаго въ Соединенныхъ

Департаментахъ Государственнаго Совѣта. Исторія возникновенія желѣзнодорожнаго совѣта ясно указываетъ, что учрежденіе это вызвано не стремленіемъ къ большей централизаціи желѣзнодорожнаго управленія, а сознаніемъ необходимости въ такого рода учрежденіи, которое являясь «между—министерскимъ» обезпечивало бы возможность разносторонняго и внимательнаго обсужденія желѣзнодорожныхъ вопросовъ.

Обращаясь къ возраженіямъ противъ главнаго положенія доклада о желательности учрежденія особаго Совѣта по земскимъ дѣламъ, Н. М. Коркуновъ замѣтилъ, что возраженія В. Д. Спасовича основанныя на отрицаніи общегосударстеннаго значенія земскаго дѣла, должно быть объяснятся какимъ-нибудь недоразумѣніемъ. Едва ли возможно серьезно ставить земское дѣло по его государственному значенію ниже желѣзнодорожнаго дѣла. Два другихъ оппонента, не отрицая высокаго государственнаго значенія земскаго самоуправленія, находили, однако, что учрежденіе проектируемаго Совѣта по земскимъ дѣламъ не представляется желательнымъ. Въ частности М. И. Свѣшниковъ предпочитаетъ установленный Положеніемъ 12 іюня 1890 года порядокъ; К. К. Арсеньевъ находитъ болѣе желательнымъ соединить въ рукахъ Сената и надзоръ за законностью постановленій земскихъ собраній, и надзоръ за ихъ цѣлесообразностью.

Въ опроверженіе этихъ замѣчаній Н. М. Коркуновъ обратилъ вниманіе на то, что въ такого рода учрежденіяхъ, какъ желѣзнодорожный и тарифный совѣтъ, число членовъ отъ того или другого вѣдомства не можетъ имѣть такого значенія, какое ему придаетъ М. И. Свѣшниковъ. Вѣдь въ нихъ каждый представитель посторонняго вѣдомства и однимъ своимъ голосомъ можетъ остановить рѣшеніе дѣла въ Совѣтѣ и сдѣлать необходимымъ переносъ его въ Комитетъ Министровъ. Слѣдовательно каждый представитель посторонняго вѣдомства имѣетъ въ нихъ столько же вліянія, какъ представители Министерства Путей Сообщенія или Финансовъ взятые вмѣстѣ. Тоже самое было бы и въ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ. Министръ Внутреннихъ Дѣлъ, его товарищи, два особо назначенныхъ члена имѣли бы въ сущности всѣ вмѣстѣ такое вліяніе какъ и одинъ представитель Министерства Народнаго Просвѣщенія или Государственныхъ Имуществъ.

Нельзя также согласиться съ тѣмъ, чтобы правительственное утвержденіе представителей, избираемыхъ отъ земскихъ собраній, должно было лишать ихъ самостоятельности и вполнѣ подчинить Министру Внутреннихъ Дѣлъ. Представители частныхъ желѣзныхъ дорогъ, не смотря на утвержденіе ихъ Министромъ Путей Сообщенія, занимаютъ, какъ свидѣтельствуетъ практика, довольно самостоятельное положеніе въ желѣзнодорожномъ и тарифномъ совѣтахъ. Хотя бы утверждаемые правитель-

ствомъ [1]) представители, избранные земскими собраніями, все-таки будутъ земскими людьми, а не чиновниками, представителями мѣстныхъ земскихъ интересовъ, а не интересовъ бюрократіи. Непонятно, какимъ образомъ участіе въ обсужденіи предположеній Министра Внутреннихъ Дѣлъ объ отмѣнѣ земскихъ постановленій представителей земства могло бы усилить власть бюрократіи. Правда, при примѣненіи къ Совѣту по земскимъ дѣламъ того же порядка дѣлопроизводства, какой установленъ для желѣзнодорожнаго и тарифнаго совѣтовъ въ случаѣ согласія всѣхъ представителей административныхъ вѣдомствъ, дѣла будутъ окончательно рѣшаться въ Совѣтѣ и не переходить въ Комитетъ Министровъ, хотя бы всѣ земскіе представители были противоположнаго взгляда. Но если представители всѣхъ административныхъ вѣдомствъ будутъ одного мнѣнія съ Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ, значитъ и всѣ министры того же мнѣнія. А при такомъ условіи и въ Комитетѣ Министровъ представленіе Министра Внутреннихъ дѣлъ было бы принято рѣшительнымъ большинствомъ голосовъ и, слѣдовательно, едва ли получилась какая-нибудь польза отъ внесенія дѣла въ Комитетъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ случаи возраженій противъ вносимыхъ въ Комитетъ представленій Министра Внутреннихъ Дѣлъ будутъ конечно гораздо чаще, если дѣло предварительно будетъ разсмотрѣно въ особомъ Совѣтѣ и съ его заключеніемъ внесено въ Комитетъ. Большая разница, придется ли Комитету имѣть дѣло съ одностороннимъ представленіемъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ, или съ опредѣлившимся уже въ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ разногласіемъ его съ какимъ нибудь другимъ Министромъ. Комитетъ, состоящій на $^2/_3$ изъ министровъ, естественно склоненъ поддерживать представленія отдѣльныхъ министровъ. Нужны какія-нибудь особенныя условія, чтобы вызвать въ Комитетѣ противодѣйствіе министерскому предложенію. Другое дѣло, когда разрѣшенію Комитета представляется уже выяснившееся разногласіе двухъ или нѣсколькихъ министерствъ. Тутъ естественная склонность каждаго министра не вмѣшиваться въ дѣло другого, чтобы не вызвать его вмѣшательства въ свои дѣла, не можетъ вліять на рѣшеніе дѣла. Съ мнѣніемъ того или другого министра придется все-таки Комитету не согласиться и потому, конечно, принятое имъ рѣшеніе должно будетъ опредѣлиться самымъ существомъ дѣла. И при томъ Комитету будутъ тогда представляемы не только соображенія административныхъ вѣдомствъ, но и земскихъ представителей. Слѣдовательно, вопросъ будетъ освѣщенъ не съ односторонней только бюрократической точки зрѣнія, а также съ точки зрѣнія земскихъ нуждъ и интересовъ.

---

[1]) Въ виду того, что по Положенію 12 іюня 1890 года избираемые земствомъ члены губернскихъ по земскимъ дѣламъ присутствій не подлежатъ правительственному утвержденію,—и въ отношеніи къ членамъ отъ земства въ проектируемомъ Совѣтѣ по земскимъ дѣламъ такое утвержденіе едва ли представляется необходимымъ.

Предложеніе К. К. Арсеньева о предоставленіи надзора за цѣлесообразностью постановленій земскихъ собраній первому департаменту Правительствующаго Сената также вызываетъ противъ себя серьезныя возраженія. Сила и значеніе сенатскаго надзора тѣмъ и обусловливаются, что онъ ограниченъ надзоромъ за законностью. Опираясь въ своей контролирующей дѣятельности на вполнѣ объективное основаніе, на постановленія закона, Сенатъ можетъ сохранить за собой въ этой дѣятельности должную самостоятельность и независимость. Но положеніе его должно по необходимости измѣниться, разъ Сенату будетъ предоставленъ и надзоръ за цѣлесообразностью земской дѣятельности. Цѣлесообразность по самому существу своему понятіе относительное, не поддающееся объективному и точному опредѣленію. Начало цѣлесообразности не можетъ дать Сенату такого же оплота его самостоятельности въ рѣшеніи дѣлъ, какъ начало законности. Представители активной администраціи, Министры, будутъ тогда стремиться подчинять дѣятельность Сената своимъ указаніямъ и будутъ совершенно правы, такъ какъ они безспорно болѣе компетентные рѣшители вопросовъ цѣлесообразности, чѣмъ Сенатъ. Министры непосредственно завѣдуютъ текущимъ управленіемъ, они лучше знаютъ положеніе каждой отрасли управленія въ каждый данный моментъ и, что всего важнѣе, они отвѣтственныя лица за успѣшное осуществленіе ввѣренныхъ имъ задачъ государственнаго управленія. Но если Сенатъ станетъ дѣйствовать по указаніямъ Министровъ, его контроль потеряетъ отличительныя особенности, которыя обусловливаютъ въ настоящее время его популярность, которыя, надо думать, и К. К. Арсеньева побудили выступить съ предложеніемъ объ отнесеніи къ вѣдѣнію Сената надзора за цѣлесообразностью земской дѣятельности. Но контроль Сената лишь до тѣхъ поръ и сохранитъ свое значеніе, покуда Сенату будетъ обезпечена возможность, опираясь на законъ, дѣйствовать независимо и самостоятельно.

БИБЛІОГРАФИЧЕСКІЙ УКАЗАТЕЛЬ

сочиненій Н. М. Коркунова.

I. Статьи, напечатанныя въ различныхъ повременныхъ изданіяхъ и сборникахъ.

1. *О каперахъ.* Журн. Гр. и Угол. права. 1877. № 1.
2. *Юридическое положеніе нейтральныхъ.* Тамъ-же. 1877. № 4.
3. *И. Андреевскій.*—Русское Государственное право. Т. I, 1866. *А. Романовичъ-Славатинскій*—пособіе къ изученію русскаго государственнаго права.—Два выпуска 1871 и 1872 г. *А. Градовскій*, Начала русскаго государственнаго права. Т. I, 1875, Т. II, 1876. Рецензія въ Сборникѣ Госуд. Знаній, Т. III, 1877 г.
4. *Очерки общей теоріи гражданскаго права — Сергья Муромцева.* Москва, 1877. Рецензія въ газетѣ „*Сѣверный Вѣстникъ*“, изданіе Е. Корша. 1878 г., № 6.
5. *Наука права и естествознаніе.* Журналъ Гр. и Угол. права. 1879. № 2.
6. *Административные суды въ Пруссіи.* Тамъ-же, 1880, №№ 5—6.
7. *О научномъ изученіи права.* Тамъ-же, 1882, №№ 4—5.
8. *Очеркъ теоріи административной юстиціи.* Тамъ-же, 1885, №№ 1, 8—9.
9. *Отвѣтъ проф. Ренненкампфу.* Журн. м-ва Народн. Просв. 1888, Іюнь.
10. *Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права.* Журн. Гр. и Угол. права. 1889, № 1.
11. *Тахаровъ, И.* Краткій очеркъ науки административнаго права. Т. 1, Ярославль, 1888. Рецензія въ Журналѣ м-ва Народн. Просв. 1889, Февраль.
12. *Австрійское престолонаслѣдіе.* Журналъ Гр. и Угол. права. 1889, № 2.
13. *А. Д. Градовскій.* „Юридическая лѣтопись“. 1890, № 1,
14. *А. Д. Градовскій на каѳедрѣ русскаго государственнаго права.* Памяти А. Д. Градовскаго. Изданіе Юридическаго Общества. 1890.
15. *Великое княжество Финляндское.* Юрид. лѣт. 1890, № 4.
16. *Какъ у насъ знаютъ законы.* Тамъ-же, 1890, № 5.
17. *Вопросы земскаго управленія.* Тамъ-же, 1890, № 5.
18. *Комитетъ министровъ какъ органъ надзора за земскими учрежденіями.* Тамъ-же. 1890, № 12.
19. *В. Александренко.* Англійскій тайный совѣтъ и его исторія. Т. I, часть 1, 1888, ч. 2—1890. Рецензія въ Журн. м-ва Народн. Просв. 1890, Декабрь.
20. *Финляндскій сеймъ.* Юрид. Лѣт. 1891, № 1.
21. *Новыя кодификаціонныя изданія.* Тамъ-же. 1891, № 3.
22. *Законъ о пользованіи оросительной водой въ Заказказьѣ.* Юрид. лѣт. 1891, № 3.
23. *Отвѣтъ г. Александренку.* Журн. М-ва Народн. Просв. 1891, Апрѣль.
24. *Пріемъ младенцевъ въ воспитательные дома.* Юрид. Лѣт. 1891, № 4.
25. *Реформа городского управленія.* Тамъ-же. 1891, № 8.
26. *Международное право и его система.* Тамъ-же. 1891, № 10.
27. *Государство и свобода.* Тамъ-же. 1892, № 1.
28. *Вопросъ о регентствѣ въ Германіи.* Тамъ-же. 1892, № 4.

29. *Значеніе формулы внявъ мнѣнію Государственнаіо Совѣта.* Тамъ-же. 1892, № 12.
30. *Время перваго учрежденія губерній.* Журн. м-ва Народн. Просв. 1893, Мартъ.
31. *С. Е. Десницкій, первый русскій профессоръ права.* Журн. м-ва Юстиціи. 1894, № 2.
32. *Значеніе Свода Законовъ.* Журн. м-ва Народн. Просв. 1894, Сент.
33. *Теоретическія воззрѣнія Сперанскаго на право.* Тамъ-же. 1894, Окт.
34. *Наши законы о престолонаслѣдіи.* (Отвѣтъ проф. Н. О. Куплеваскому). Журн. Мин. Юст. 1894, № 2.
35. *Проектъ верховнаго совѣстнаго суда въ двадцатыхъ годахъ.* Тамъ-же. 1895, № 4.
36. *По поводу отзывовъ на книгу „Указъ и законъ“.* Журн. Мин. Юст. 1895, № 4.
37. *Чичеринъ.* Курсъ государственной науки. Ч. I. Общее государственное право. М. 1894. Рецензія. Тамъ-же. 1895, № 5.
38. *Берендтсъ.* Государственное хозяйство Швеціи. Ч. II, два выпуска. Ярославль. 1894. Рецензія. Тамъ-же. 1895, № 5.
39. *З. А. Горюшкинъ, россійскій законоискуссникъ.* Тамъ-же. 1895, № 7.
40. *Э. К. Симсонъ.* О завладѣніи по началамъ международнаго права. Спб. 1894. Рецензія. Тамъ-же. 1895, № 7.
41. *М. Догель.* Юридическое положеніе личности во время сухопутной войны. Комбатанты. Казань. 1894. Рецензія. Тамъ-же. 1895, № 7.
42. *М. А. Балугьянскій.* Проектъ судебнаго устройства 1828 г. Тамъ-же. 1895, № 8.
43. *Дерюжинскій, В. Ф.* Habeas Corpus Act и его пріостановка по англійскому праву. Юрьевъ. 1895 Рецензія. Тамъ-же, 1895, № 8.
44. *Филипповъ.* Исторія Сената въ правленіе верховнаго тайнаго совѣта и кабинета. Ч. I. Юрьевъ. 1895. Рецензія въ Журн. Мин. Нар. Пр. 1895. Сент.
45. *Укорененіе иностранцевъ* и прекращеніе подданства. Журн. Мин. Юст. 1895, № 10.
46. *Тридцать пятая глава проекта уголовнаго уложенія.* Тамъ-же, 1896. № 3 и 4.
47. *Проектъ устройству Сената Г. Р. Державина.* Тамъ-же. 1896, № 10.
48. *П. Г. Рѣдкинъ.* Біографическій очеркъ въ словарѣ профессоровъ Спб. университета.

II. Отдѣльно изданныя сочиненія.

1. *Лекціи по общей теоріи права.* 1-е изд. 1886 г., 2-е — 1890 г., 3-е — 1894 г., 4-е — 1897 г.
2. *Сравнительный очеркъ государственнаго права иностранныхъ государствъ.* Ч. I. Государство и его элементы. 1890.
3. *Русское государственное право.* Т. I. Введеніе и общая часть. 1-е изд. 1892 г.; 2-е—1893 г. Т. II. Особенная часть. 1-е изд. 1893 г., 2-е—1897 г.
4. *Указъ и законъ.* 1894.
5. *Исторія философіи права.* Пособіе къ лекціямъ. 1-е изд. 1896 г., 2-е—1898 г.
6. *Общественное значеніе права.* Публичная лекція. 1892 г.
7. *Пропорціональные выборы.* 1896.

---

1. *Эд. Фриманъ.* Сравнительная политика. Переводъ съ англійскаго Николая Коркунова. Спб. 1880.
2. *А. Д. Градовскій.* Государственное право важнѣйшихъ европейскихъ державъ. Лекціи читанныя въ 1885 г. Издано подъ редакціей Н М. Коркунова. 1895.

Выдано
из Запасных
фо... БАН

коны межевые (т. X ч. 2), разъясн. и дополн. позднѣйш. узаконеніями, мнѣніями Госуд. Совѣта, рѣш. Сената, цирк. Управляющаго межев. частью и **правилами судебно-межев. разбирательства.** Сост. Пом. об. секр. Меж. Д-та *Ю. Д. Филиповъ*. 98. 2 р., въ перепл. 2 р. 50 к.

вила объ устройствѣ судебной части, о произв. судебныхъ дѣлъ, гдѣ земск. нач., и врем. правила о волостномъ судѣ, съ дополн. цирк. и сенатск. разъясненіями. Сост. Тов. Предс. СПб. Окр. Суда *С. Чагинъ*. Изд 2. 97. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

стольная книга для земск. начальниковъ, гор. судей, у членовъ и вол. судовъ. Сост. *А. Альмединенъ*. Изд. 4. 95 г. 2 р., въ пер., 2 р. 50 к.

крестьянскихъ сервитутахъ въ губ. Западныхъ, Прибалт. и Ц. Польскаго. Сборникъ узак., правит. распоряж. и рѣш. Общ. собр. 2 и Кас. Д-товъ Сената, съ прилож. законоположк. о сервит. правѣ быв. вольныхъ людей, старообрядцевъ и чиншевиковъ зап. губ. *К. Абрамовича*. 95 г. 1 р. 60 к., въ пер. 2 р.

лостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ. *А. Леонтьева*. 95 г. 1 р., въ пер., 1 р. 30 к.

естьянское мірское хозяйство. Мірск. капиталы, продов. запасы, ден. сборы и взысканія. Сост. *М. Скибинскій*. Изд. 2. 95. 1 р. 70 к., въ пер. 2 р.

ководство для волостн. писарей. *П. Новикова*. 96. 2 р. 50 к., въ пер. 3 р.

тавъ крест. позем. банка, съ доп. и образцами бумагъ. 96. 40 к.

режденіе суд. установленій, съ разъясн. и съ прилож. правилъ счетоводства, внутр. распорядка, формен. одежды, конвенцій о сношеніяхъ съ иностр. суд. установленіями и пр. Сост. *С. Громачевскій*. 97. 3 р., въ перепл. 3 р. 50 к.

раните льное судопроизводство. Практич. пособіе къ веденію безспорныхъ дѣлъ. Сост. *С. Громачевскій*. 96 г. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.

раничит. законы по землевладѣнію въ Зап. краѣ (поляки, евреи, иностранцы), съ мотивами и разъясн. Сост. *С. Громачевскій*. 92 г. 30 к.

вый законъ объ исполненіи окончательныхъ суд. рѣшеній (8 іюня 1893 г.), со включ. узаконеній, на кот. сдѣланы въ немъ ссылки. 94 г. 25 к.

выя правила о порядкѣ принятія и направленія прошеній и жалобъ, на Высоч. Имя приносимыхъ, съ образцами прошеній и жалобъ. 96 г. 25 к.

вое положеніе о видахъ на жительство, съ разъясн. 95 г. 30 к.

выя правила объ охотѣ. 95 г. 25 к.

выя правила о Высоч. наградахъ и Инспект. части гражд. вѣд 95 г. 30 к., въ пер. 50 к.

тавъ лечебн. заведеній М. Вн. Д., съ инструкціею. 95. 50 к., въ пер. 75 к.

равочная книжка для полицейскихъ урядниковъ и сельской полиціи, со включеніемъ инструкцій, циркулярныхъ разъясненій и образцовъ протоколовъ и донесеній. Сост. *В. Мордвиновъ*, изд. 2, 98 г. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

щій Уставъ Счетный, со включ. позднѣйшихъ узакон., цирк. и разъясненій Сената. Сост. *М. Палибинъ*. Изд. 2. 96. 1 р., въ пер. 1 р. 30 к.

ложеніе о госуд. квартирн. налогѣ, съ инструкціею о порядкѣ опредѣленія и взысканія этого налога. 94 г. 30 к.

истематическій и алфавитный указатели къ дѣйств. своду законовъ. Сост. *М. Палибинъ*. 94 г. 60 к., въ пер. 80 к.

фавитъ полиц. законовъ. *М. Доброленскаго*. 94 г. 2 р. 50 к., въ пер. 3 р.

пошлинахъ съ имуществъ, перех. безмездн. способами, крѣпостныхъ, канцелярскихъ, актовыхъ и судебныхъ, съ прилож. цирк. и разъясн. Сената. Сост. подати. инспекторъ *П. Серапинъ*. 94 г. 75 к., въ пер. 1 р.

борникъ законовъ, распоряженій и разъясненій о бракѣ и разводѣ. Сост. *В. Н. Мордвиновъ*. 95 г. 1 р. 50 к., въ пер. 1 р. 80 к.

фавитный указатель вопросовъ, разрѣшен. Угол. Кас. Д-томъ Сената за 78—93 гг. Сост. *Г. Трахтенбергъ*. Изд. 6. 95 г. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.

равочная книга для суд. слѣдователей и кандидатовъ на суд. должн. Сост. суд. слѣд. *Н. Ильинъ*. 95 г. 1 р. 20 к., въ пер. 1 р. 50 к.

ководство къ примѣненію Волостн. Судами Устава о наказ., налаг. Миров. Судьями (съ разъясн. Сената). Сост. члены Новг. Окр. Суда: *С. Лихтенштадтъ* и *П. Путиловъ*. 93 г. 80 к., въ пер. 1 р.

бразцы и формы дѣлопроизводства мир. и гор. судей, земск. нач. и гмин. судовъ. Сост. *А. Старнавскій*. Изд. 2. 94 г. 1 р., въ пер. 1 р. 40 к.

астольная книга для слѣдователей, въ мѣстн., гдѣ дѣйствуютъ старые суды. Сост. *А. Старнавскій*. 93 г. 2 р., въ пер. 2 р. 40 к.

ководство для мировыхъ судей. *Н. Неклюдова*. Т. I. Уставъ Угол. Судопр., 72 г. 4 р. Т. II. Уставы о наказаніяхъ. 74. 4 р. 50 к., оба тома въ пер. 10 р.

ерки польской ипотеки. Практич. руководство въ 2 частяхъ. Сост. кн. *В. А. Волконскій*. (Печатано по распор. Мин. Юст.). 91 г. 3 р.

водъ разъясненій Гражд. Кассац. Департамента по вопросамъ гражд. права губ. Ц. Польскаго. Сост. баронъ *А. Нолькенъ*. 91 г. 1 р. 50 к.

конъ 2 іюня 1897 г. о нормировкѣ рабоч. времени съ утвержденными Мин. Фин. дополнит. правилами и инструкціею фабр. инспекціи. 98. 30 к.

Промышленная собственность (Узаконенія о фабр. и торгов. маркахъ и клеймахъ, привиллегіяхъ и пр.). Сост. *А. Кобеляцкій*. 96. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.

Справочная книга для фабричной инспекціи, фабрикантовъ и заводчиковъ. Сост. онъ-же. Изд. 4. 97. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Уставъ о промышленности (Св. зак., т. XI, ч. II), съ разъясн. и дополненіями. Сост. онъ-же. 96. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Законы о паровыхъ котлахъ, газовыхъ и керос. двигателяхъ и электрич. установкахъ, съ разъяснен. Сост. онъ-же. 96. 50 к., въ пер. 80 к.

Наказъ чинамъ фабричной инспекціи. Его-же. 95 г. 50 к.

Правила и формы смѣтнаго, кассоваго и ревизіоннаго порядка. Сборн. узак., правилъ и формъ, съ дополн. измѣн. и цирк. разъясненіями Мин. Фин. и Гос. Контроля. Сост. *В. Саковичъ* и *Н. Широковъ*. 97 г. 4 р., въ перепл. 4 р. 60 к. (Изданіе это объявлено въ циркулярахъ: по Гос. Контр. 96 г. № 47, Д-та Гос. Казнач. 97. № 4, Деп. Шос. и Вод. Сообщ. 96 г. № 9934, Гл. Штаба. 97 г. № 114 и др.).

Положеніе о сборѣ за право торговли и промысловъ, съ разъясн. по оффиц. свѣдѣніямъ, сост. *М. Папковъ*. Изд. 4. 96. 3 р., въ перепл. 3 р. 60 к.

Положеніе о казен. продажѣ питей, съ доп. и Уставомъ попеч. о народной трезвости. Сост. *Н. Алексѣевъ*. 96 г. 1 р., въ пер. 1 р. 25 к.

Уставъ о пит. сборѣ и полож. о тракт. промыслѣ, съ дополн., сост. *Б. Гладковъ*. Изд. 2. 96. 1 р., въ пер. 1 р. 50 к.

Полный сводъ акцизныхъ нарушеній, съ разъясн. Сост. *А. Еврѣиновъ*. 96 г. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Уставъ Военно-Судебный, съ разъясн. и дополн. Сост. *Н. Мартыновъ*. Изд. 7. 98 г. 3 р. 50 к., въ пер. 4 р.

Уставъ Дисципл., съ доп. и разъясн. Сост. онъ-же. 98. 50 к., въ пер. 75 к.

Воинскій Уставъ о наказаніяхъ, съ доп. и разъясн. Сост. *А. Анисимосъ*. Изд. 7. 98 г. 3 р., въ пер. 3 р. 50 к.

Положеніе объ эмерит. кассѣ военно-сухопути. вѣдомства. 96 г. 40 к.

Б) Теоретическія изданія: Курсы, изслѣдованія и проч.

Борьба за право. Соч. С. Іеринга. Перев. подъ ред. проф. *М. Свѣшникова*. 95. 60 к.

Очерки первобытнаго права. *С. Гальперина*. 93. 2 р., въ пер. 2 р. 30 к.

Адвокатъ противъ адвокатуры. Соч. *В. Ильинскаго*. 94. 30 к.

Учебникъ гражд. права. Соч. *Е. В. Васьковскаго*. Вып. 1: введеніе и общая часть. 94. В. 2: вещное право. 96. По 1 р. 25 к., въ пер. по 1 р. 50 к.

Организація адвокатуры. Его-же. 93. 3 р. 50 к., въ пер. 4 р.

Будущее русской адвокатуры. Его-же. 93. 30 к.

Основные вопросы адвокат. этики. Его-же. 95. 50 к., въ пер. 75 к.

Теорія владѣнія Іеринга, пер. *Е. Васьковскаго*. 95. 50 к., въ пер. 75 к.

Французская философія 1-й половины XIX в., соч. Тэна, пер. подъ ред. *Е. Васьковскаго*. 96. 1 р. 50 к., въ пер. 2 р.

Пропорціональные выборы. Соч. проф. *И. М. Коркунова*. 96. 60 к.

Сборникъ статей. его-же, за время 1877—97 гг. Общіе вопросы права. Исторія права, госуд. право, междун. право. 98. 3 р., въ пер. 3 р. 50 к.

Лекціи по общей теоріи права. Его-же. Изд. 4. 97. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Указъ и законъ. Изслѣдованіе. Его-же. 94. 2 р. 50 к., въ пер. 3 р.

Русское госуд. право. Его-же. Особ. часть. 97. 3 р., въ пер. 3 р. 50 к.

Характеристика общей части Улож. и Воинск. устава о наказ. Соч. проф. *В. Д. Кузьмина-Караваева*. 90 г. 1 р. 50 к.

Повторит. курсъ по гражд. праву, примѣнит. къ программѣ Юрид. Ком., по курсамъ Дювернуа, Мейера, Побѣдоносцева и др. Изд. 2. 93. 1 р. 50 к.

Повторит. курсъ полиц. права (сост. по Андреевскому, Антоновичу, Буиге, Ведрову, Лешкову, Тарасову, Шмелевскому, Шеймину и др.). 98. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Земельный кредитъ и оскудѣніе. Соч. *В. Быстренина*. 95 г. 25 к.

Изъ воспоминаній суд. слѣдов., разсказъ *В. Волжина*. 82 г. 50 к.

Самовольное пользованіе чужимъ имуществомъ. *Г. Лосовича*. 93 г. 75 к., въ пер. 1 р.

О клептоманіи (врожд. наклонности къ воровству). *Н. Плисскаго*. Изд. 2. 93 г. 50 к., въ пер. 70 к.

Новѣйшіе успѣхи науки о преступникѣ, соч. Ломброзо, пер. Раппопорта, съ предисл. Л. М. Берлина. 92 г. 1 р., въ пер. 1 р. 25 к.

Устраняется-ли изъ угол. процесса, въ случаѣ оправдат. приговора, гражд. искъ по дѣламъ общ. суд. мѣстъ? *А. Скобельцина*. 92 г. 50 к.

Новыя доктрины угол. права. Проф. *Ад. Принса*. 97 г. 30 к.

Юридич. положеніе крестьянъ. Изслѣд. *Н. Дружинина*. 97. 2 р., въ пер. 2 р. 50 к.

Сборникъ толкованій русск. юристовъ къ Суд. Уставамъ за 25 лѣтъ (66—91). Сост. *А. Тимановскій*. Изд. 2. 92 г. 3 р., въ пер. 3 р. 60 к.

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ 9 февраля 1898 г.